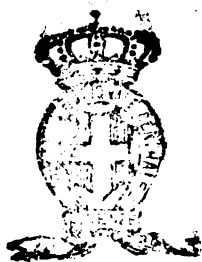
IL

DIRITTO ROMANO

PRIVATO E PURO

DEL DOTTORE

A. HAIMBERGER

VOLUME UNICO

BELLINZONA

TIPOGRAFIA DI CARLO COLOMBI

1851.

IL

DIRITTO ROMANO

PRIVATO E PURO

DEL DOTTORE

A. HAIMBERGER

PROFESSORE PUBBLICO ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO E CANONICO

NELL' UNIVERSITA' DI LEOPOLI

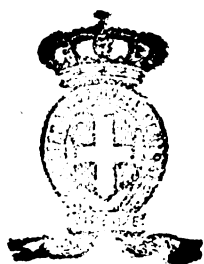
VERSIONE ITALIANA

DALL' ORIGINALE TEDESCO

DEL DOTTORE CASIMIRO BOSIO

NOBILE DI KLARENBRUNN

DALL' ECCELSA I. R. AULICA COMMISSIONE DEGLI STUDJ APPROVATA E PRESCRITTA
QUALE LIBRO DI TESTO, INCOMINCIANDO DALL'ANNO SCOLASTICO 1840-41,

NELLE UNIVERSITA' DI PADOVA E DI PAVIA

TERZA EDIZIONE
CON OGNI DILIGENZA RIVEDUTA ED EMENDATA

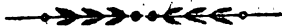
PER CURA ED A SPESE
DEGLI EREDI BAZZARINI
EDITORI PROPRIETARJ

AL CHIARISSIMO

ANTONIO CAV. DI PLAPPART

DOTTORE IN LEGGE, CESAREO REGIO CONSIGLIERE AULICO PRESSO IL SUPREMO TRIBUNALE DI GIUSTIZIA, PRESIDE DELLA FACOLTA' E DIRETTORE DELLO STUDIO POLITICO-LEGALE PRESSO LA UNIVERSITA' DI VIENNA, REFERENTE DELLA COMMISSIONE AULICA DEGLI STUDII PER LE FACOLTA' POLITICO-LEGALI DELLA MONARCHIA AUSTRIACA

IN ATTESTATO DI PROFONDA VENERAZIONE
IL TRADUTTORE

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE.

*Del Gius romano scrissero in Italia con somma lode, per tacere dei glossatori, uomini celeberrimi, l'*Alciato, *il* Sigonio, *il* Gravina. *Ma i lavori, sebbene per molte ragioni pregevolissimi, di quei sommi ingegni lasciano tuttavia non poco a desiderare per lo studio del Gius romano. E primieramente, quanto all'*Alciato, *chi conosce i suoi* Commenti sui varii titoli dei Digesti, *e quelli* sui Titoli del Codice, *sa di qual mole essi sieno. Il metodo legale scelto dall'Autore per quelle due parti del Gius Giustinianeo, che non sono distribuite in alcun ordine sistematico, non può che accrescere le difficoltà per sè già grandi d'intendere e di ritenere il Diritto comune. Di più: quantunque non si possa negare all'*Alciato *la gloria di essere stato il primo, che colla cognizione del greco e del latino, e colla sua vasta erudizione, nuovo lume ed amenità introducesse nello studio legale, per il che meritò di essere chiamato il precursore del* Cujacio; *non si può del pari negare che in quei suoi Commenti non abbia introdotte molte superflue questioni scolastiche, non essendosi in ciò potuto intieramente dilungare dall'usanza dei tempi che allora correvano. Che molte poi delle sue opinioni sieno state in seguito riconosciute erronee, nessuno se ne meraviglierà, se riflette che l'*Alciato *non ebbe alcuno innanzi a sè che a dovere avesse trattato il Diritto comune, ad onta di que' profluvii di commentarii che incominciarono da* Bartolo *e durarono fino ai suoi tempi.*

L'opera del Sigonio, De antiquo jure populi romani, *ancorchè utilissima anche al presente* (1), *più che del vero Diritto romano, si occupa della parte storica ed archeologica del medesimo.*

Il più riputato lavoro del Gravina *è quello* De origine juris civilis,

(1) Vedi in proposito Mackeldey: *Lezioni di Diritto romano*, edizione decima, p. 160.

che appena pubblicato in Germania, cominciò subito, per la profonda e prodigiosa erudizione con cui è scritto, nelle pubbliche e private scuole a proporsi (1)*: ma anche quest' opera non versa veramente sulla parte intrinseca del Diritto romano, trattando invece soltanto della sua origine e progresso, delle sue vicende, de' suoi compilatori ed interpreti, del suo legame col Diritto naturale e delle Genti ecc. ecc. Fu nell' Opera intitolata* Institutiones juris receptioris *che quel grande Giureconsulto, seguendo l'ordine delle Instituzioni, tutto abbracciò il Diritto romano. Senonchè non era sua intenzione, com' egli stesso ci dice nella prefazione di quel suo lavoro, di comporre un corso completo di Diritto comune, volendo soltanto formarne un ristretto pe' suoi scolari, ai quali si riserbava di fare ai luoghi opportuni a voce le necessarie osservazioni. Così nemmeno questo Trattato potrebbe servire per guida nello studio del Gius romano.*

Rallentato in questo mezzo fra noi l'amore del Diritto romano, per cui in tanto splendore era prima salita la scuola italiana, vennero accolte con applauso opere di Autori stranieri. Quindi edizioni di Domat, *di* Pothier (2), *di* Voet *innondarono nell' ultimo secolo l'Italia. E in vero questi Autori erano e sono degni di essere letti e studiati da chiunque brama di penetrare addentro nella scienza legale. Ma per lo studio del Diritto romano, sembra che nemmeno i loro scritti non sieno del tutto adattati. E quanto al* Domat, *se vogliansi torre via tutte quelle lunghe introduzioni e digressioni desunte dal Diritto naturale, dalla morale e dalla politica ecc. ecc. che quasi in ogni materia s'incontrano nella sua opera, e che, come al Diritto comune, potrebbero servire a qualunque altro Diritto, si vedrebbe che tutto si riduce a poco più che alla semplice traduzione e collocazione sistematica dei passi più decisivi della Legislazione Giustinianea. Per tal modo chi possiede l'opera del* Domat *intitolata:* Delectus legum Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori (3), *può fare in gran parte a meno di quella* Sulle leggi civili nel loro ordine naturale.

I Trattati *del* Pothier *formano, ognuno per sè, un tutto a parte, ma uniti insieme essi non esauriscono tutto il Diritto romano, essendovi varie materie importanti del medesimo, di cui il* Pothier *non si è occupa-*

(1) Vedi il ristretto fatto di quest'opera da Scipione Maffei.

(2) Delle *Pandette Giustinianee* riordinate da questo classico autore fu per cura di Antonio Bazzarini intrapresa la prima Versione italiana, sin dal 1823, ed esauritane la prima edizione in 4.° egli ne fece nel 1833 coi propri tipi una seconda economica in 8.° con notevoli cangiamenti; ed esaurita pure questa, ne fece nel 1840 una terza *economicissima*.

(3) Ne esiste una Traduzione italiana, fatta e pubblicata per cura e coi tipi del sullodato Antonio Bazzarini, con le note a pie' di pagina e con un Indice alfabetico delle materie, Venezia, 1834 in 8.°

to. Ma nemmeno quelle parti su cui versò in quei Trattati, se insieme si combinassero, non formerebbero un sistema completo, poichè essendo stati composti separatamente gli uni dagli altri, manca fra essi quel legame senza il quale non vi può essere sistema di sorta. Ma quel ch' è più, quei Trattati non sono veramente Trattati di Diritto comune, ma sibbene di Diritto francese. È vero che l'Autore in essi adduce, quasi in ogni periodo, passi di Gius Giustinianeo; ma con ciò esso non intendeva già di scrivere un'opera di Diritto romano, si aveva in mira soltanto di provare la verità e giustezza delle sue opinioni in materie di patrio Diritto, appoggiandosi alle disposizioni del Gius comune, il quale anche in quei paesi che godono il beneficio di una Legislazione loro propria, ha l'empire que donne la raison sur tous les peuples (*Cod. civ.* III, 39). *In egual modo il* Pothier *cita spesso nei suoi Trattati anche autori di Diritto naturale e canonico, senza che perciò quei Trattati si possano risguardare come appartenenti all'uno od all'altro di questi due Diritti. È chiaro quindi che nemmeno i* Trattati di Pothier, *per quanto sieno utili e profondi, non potrebbero servire per l'istituzione nel Diritto romano, non sostenendo in essi quel Diritto che una parte accessoria.*

Più conveniente a tale scopo è certo la grande opera di Voet *sulle Pandette. Oltrechè in essa il Diritto comune viene trattato* ex professo, *il medesimo vi è poi svolto con quella penetrazione, acume e profondità, per cui tanto grido levò in tutta Europa quell'opera. Sennonchè due cose pajono opporsi perchè la medesima si possa proporre per lo studio del Gius comune: la prima, che in detta opera è osservato il metodo legale, il quale, come si è detto di sopra parlando dell'*Alciato, *non è per fermo il migliore, ove si tratti delle Pandette, seguendo l'ordine delle quali l'Autore fu costretto di esporre molte materie, il cui studio al dì d'oggi non è che di pura curiosità ed erudizione, rubando così ai Lettori un tempo che avrebbero potuto meglio impiegare studiando materie più utili: la seconda, che l'Autore frammischia assai spesso al Diritto comune le consuetudini e le leggi della sua patria (l'Olanda), le quali se sono d'interesse pratico pei Giureconsulti di quel paese, non lo sono per quelli degli altri, che anzi per questi non servono che a confondere le nozioni, o ad accrescere di molto la mole per sè già troppo estesa dell'opera* (1).

Si noti infine, tanto riguardo agli Autori italiani sopra menzionati

(1) Pur di quest'opera insigne è stata pubblicata per cura e co' tipi di Antonio Bazzarini la prima Traduzione italiana, con una distribuzione assai più chiara e comoda dell'originale, e con un Indice ragionato copiosissimo, il quale toglie nella massima parte il difetto primitivo dell'ordine delle Pandette.

Esaurita ancora in corso di stampa quella edizione ne fu intrapresa un'altra con correzioni e col testo a fronte dal tipografo Naratovich di Venezia in società collo stesso Bazzarini, e di questa è pubblicato il fascicolo 24.°

quanto a quelli stranieri di cui abbiamo finora parlato, che, essendo state scoperte dopo i lor tempi non poche opere di Giureconsulti romani (1) *che molto lume diffusero su varie oscure parti del Diritto comune, essi non poterono trarre profitto da tali scoperte; motivo per cui le loro opere in quelle parti non possono essere così complete ed esatte, siccome quelle de' moderni che poterono giovarsene.*

Ma, come dev'essere adunque composta un'opera per poter servire allo studio del Gius romano? A parere di celebri Autori, vuolsi un'opera in cui le varie e molteplici parti di una legislazione sì vasta sieno in sì bell'accordo e con sì lucido ordine disposte, che le une si colleghino naturalmente alle altre, e chiaro trasparisca il legame che tutte le stringe ed abbraccia, e di tante materie, fra loro disparate, un tutto armonico e solo, in breve, un sistema ne formi: un'opera in cui vengano bensì tutte trattate le varie parti del Diritto comune, e tocche tutte le più gravi questioni che ognuna di esse concernono, ma però solo in quanto le medesime non abbiano a' nostri giorni, per le cangiate circostanze, perduta la loro importanza; ommesso poi onninamente tutto ciò che non è puro Diritto romano, per non confondere più Legislazioni tra loro, e ridotto tutto, il più possibile, a principii generali, che facilmente si ritengono e che in sè racchiudono tutto il succo della Giurisprudenza: un'opera in cui l'Autore nessuna asserzione avanzi, nessuna opinione esterni, nessuna congettura avventuri, senza fedelmente di volta in volta additare il passo di legge da cui la desunse, o almeno il principio legale onde la dedusse: un'opera infine in cui si vegga chiaramente che l'Autore conobbe e seppe valersi di tutti i mezzi sussidiarii da cui poteva nel suo lavoro trarre profitto, facendo constare che gli è appieno noto quanto di più rilevante è stato detto e scritto sulle singole materie che ha per le mani, e ciò col citare gli scrittori che trattarono di esse, sia che abbiano la stessa sua opinione, sia che l'abbiano diversa; affinchè il Lettore possa dire a sè stesso: Se io conosco quest'opera, ho fede di sapere la scienza del Diritto romano com'essa fu coltivata e sviluppata fino a questi nostri tempi.

Tale, a mio parere, è l'opera del chiarissimo professore Haimberger, *di cui intrapresi la traduzione. I giudizii favorevoli da giudici competenti intorno ad essa esternati* (2), *e l'essere stata introdotta nelle Uni-*

(1) Così Niebuhr, nel 1816 scoperse le autentiche Instituzioni di Gajo nella Biblioteca del Capitolo della cattedrale di Verona. *Giorn. di Savigny*, III, p. 129 e 289.

Più tardi anche nella Cesarea Regia Biblioteca di Corte in Vienna, furono scoperti importanti manoscritti di Giureconsulti romani.

(2) Vedi il *Giorn. della Giur Austr.* di Wagner, anno 1851, che dà un giudizio assai favorevole di quest'opera. Anche nel rinomato *Giornale universale di Letteratura*, che si stampa in Halla leggesi nel fascicolo di ottobre 1858 uno splendido elogio di essa del profess. Schneider di Lipsia, il quale attribuisce ad *Haimberger* singolarmente chiarezza, piena cognizione dei progressi della sua scienza, e viste sue proprie.

*versità tedesche della Monarchia Austriaca come testo di scuola, e non ha guari in quelle altresì lombardo-venete di Pavia e di Padova, non lasciano alcun dubbio sul merito intrinseco della medesima. E di fatto, per ciò che risguarda l'ordine tenuto dall'Autore, sembra che la distribuzione delle varie parti tra loro e la maniera di trattare ogni singola materia non possano essere nè più naturali, nè più facili o chiare. Precede a tutto una Introduzione che abbraccia la storia breve, ma esatta, delle vicende del Gius comune prima e dopo Giustiniano, a cui tien dietro uno specchio fedele delle opere più rinomate in tale materia. Indi incomincia il sistema dell'opera, che si divide in due parti: generale e speciale. Nella prima si espongono le nozioni generali di Diritto che servono di base a tutto l'edificio, e si danno le idee delle persone e le loro differenti classi; si tratta delle cose e dei negozi civili in genere e delle varie loro specie in particolare; si parla del tempo e del domicilio; e infine si adducono i principii generali sull'acquisto, sulla conservazione, estinzione, collisione e prosecuzione dei diritti; e tutto ciò colle questioni più importanti che si riferiscono ad ogni singola materia, e con un ordine piano e stringato che mirabilmente contribuisce a facilitare l'intelligenza e a ben imprimere nella mente le dottrine insegnate. Segue poi la parte speciale, che si suddivide in quella che versa intorno i diritti delle persone, e in quella che tratta dei diritti sulle cose: nella prima l'autore espone la Legislazione romana sul matrimonio, sulla patria autorità, sulla tutela e sulla cura; nella seconda tratta prima dei diritti reali, cioè del possesso, come loro condizione, della proprietà, dell'enfiteusi, del diritto superficiario, del pegno, delle servitù, del diritto ereditario; e poscia espone la dottrina dei diritti delle obbligazioni, premettendo l'idea delle obbligazioni e delle differenti specie, e fissando le norme intorno il danno, l'*id quod interest, *la mora, gl'interessi; passando quindi a trattare dei singoli contratti e patti, e delle obbligazioni nascenti dai delitti e da varie altre cause, e chiudendo l'opera col versare sui modi di convalidare, mutare e far cessare le obbligazioni.*

Questo, in breve, è il piano dell'opera: si vede dalla succinta esposizione del medesimo, che in essa tutte le parti più rilevanti del Gius comune vi sono trattate, e che il metodo con cui sono distribuite è, come si è detto, chiaro e naturale. Pei Giureconsulti austriaci poi esso è tanto più utile, che il medesimo in generale è lo stesso di quello seguito nel Codice civile generale austriaco, per il che il confronto fra le due Legislazioni riesce tanto più facile, e più facile quindi anche l'intelligenza del detto Codice austriaco; con che appunto si ottiene lo

scopo per cui lo studio del Gius comune è in Austria prescritto. L'Autore poi cercò di ridurre e ridusse tutto a principii generali, per quanto la natura delle singole materie il comportava, e senza tuttavia perdersi in semplici e vane astrazioni. Nessuna inutile digressione, niente di eterogeneo: quindi la brevità, che nulla toglie alla chiarezza e solidità dell'opera, e che permise all'Autore di svolgere in sì ristretti confini una materia sì vasta e complicata. Nè esso volle che i suoi lettori giurassero in verba magistri; *poichè egli correda conscienziosamente ogni singola proposizione coi relativi passi di legge, e se la cosa è dubbia, la espone come tale, e ne avverte il lettore. Quanto poi l'Autore sia al fatto dei progressi della scienza che tratta, e quanto riguardo egli abbia avuto alle altrui produzioni anche più recenti, è facile a convincersene scorrendo solo alcune pagine del suo lavoro, in cui una infinità di Autori vengono citati.* In due decennii, *esclama Zimmern parlando di questi ultimi tempi, in cui lo studio del Diritto romano venne in tanto splendore nella dotta Germania,* in due decennj si è fatto pel Diritto romano più che in addietro in altrettanti secoli (1). *L'Autore seppe assai bene profittare dei progressi fatti dalla sua scienza; e in questo rapporto la sua opera offre certo rilevanti vantaggi in confronto di opere scritte in tempi anteriori.*

Sembra dunque potersi con franchezza conchiudere che l'opera del professore Haimberger *è conveniente per servire all'istituzione del Diritto romano. Ma s'ella è utile per la scuola, convien dire che lo sia anche pel foro, atteso lo stretto rapporto che passa fra la teoria e la pratica, per cui ciò ch'è profittevole o dannoso per l'una è profittevole o dannoso anche per l'altra. E per verità l'Avvocato ed il Giudice trovano nell'opera dell'* Haimberger *citate a lor luogo tutte le leggi di cui forse abbisognano per puntellare le loro scritture od appoggiare le loro sentenze. Nei casi dubbii, se il Giureconsulto pratico non è persuaso, o se è costretto di sostenere un'opinione diversa da quella dell'Autore, questi non manca di additargli altre opere, in cui si toglie a difender l'opinione contraria, o nella quale il sentimento dell'Autore è sviluppato in un modo più esteso, ove il Giureconsulto pratico ami di conoscere più da vicino l'argomento. Per la Giurisprudenza pratica austriaca, in particolare, devesi poi notare che l'opera di* Haimberger *offre anche questo vantaggio, che, sebbene l'Autore non abbia direttamente riguardo all'uso moderno, pure nel trattare qualche materia, intorno alla quale i Giureconsulti austriaci non sono fra loro d'accordo in punto di patrio*

(1) Vedi la bella Dissertazione dell'Autore *Sulla necessità dello studio del diritto romano per l'intelligenza del Codice civile austriaco*, inserita nel Giornale di Wagner.

Diritto, egli riportò, quasi a bello studio, ciò che secondo il Gius comune si debba ritenere come valido. Di qual peso poi le norme del Diritto romano nei casi dubbii sieno nell'Austria, come in tutti i colti Stati, nessun pratico è che nol sappia. Ma ciò che rende, più che altro a mio credere, utile per uso del foro l'opera di Haimberger, *si è che in essa viene esposta in un modo molto preciso e chiaro la natura delle singole azioni, ed additati, nelle più importanti, anche i veri mezzi di prova. Chi sa quanto spesso il destino delle liti dipende dal modo di concretare la domanda, e dalla natura delle prove che si scelgono per sostenerla, saprà altresì quanto apprezzabile sia quell'opera in cui si insegni convenientemente a far l'uno e l'altro.*

Dimostrata l'utilità del Diritto romano *di* Haimberger, *resta a dire alcun che sulla traduzione. Io la feci dall'edizione tedesca, anzichè dalla latina, mentre quella, come posteriore, contiene molte aggiunte e correzioni. Per rendere il più che fosse possibile completa la traduzione, mi rivolsi all'Autore, affinchè se alcuna modificazione avesse da fare alla sua opera, volesse comunicarmela; ed egli infatti si compiacque gentilmente di mandarmi alcune emendazioni, che in questa seconda edizione ho innestato ai rispettivi loro luoghi. Nella traduzione fu mia cura principale di essere conscienziosamente ligio al sentimento dell'Autore; e in ciò io nutro speranza di avere, se non m'inganno, raggiunto lo scopo propostomi. Quanto allo stile, chi conosce quale ardua impresa sia il dare veste italiana a forme e concetti alemanni, singolarmente ove si tratti di scienze e di materie sì astruse, come il Diritto romano, saprà pormi a calcolo le difficoltà colle quali ebbi a lottare. A tradurre un Autore sì illustre mi sono indotto parte dalla brama d'istruirmi in una materia sì importante, com'è il Gius comune, essendo stato l'esercizio di tradurre riputato sempre e universalmente uno dei mezzi più efficaci di ammaestrarsi, e parte dal caldo desiderio di essere utile, per quanto stava in me, alla colta e valorosa gioventù italiana che dà opera alla Giurisprudenza, porgendole un ottimo Manuale di Diritto romano, di cui l'Italia mancava finora totalmente. Se avrò ottenuto almeno quest'ultimo intento, non m'increscerà di essermi posto ad un lavoro così lungo e penoso.*

INTRODUZIONE

§ 1. *Nozioni del Diritto romano.*

Il Diritto romano in senso lato è quel complesso di leggi civili che furono in vigore nell' antico Impero romano dalla sua origine fino alla sua caduta in Oriente. Preso in questo senso, il *Diritto romano* abbraccia non solo le leggi emanate da Giustiniano, ma ben anche tutte le altre che furono promulgate prima e dopo di lui. Per *Diritto romano* però in senso stretto e proprio s' intendono soltanto leggi dettate da Giustiniano. Sebbene noi siamo per occuparci unicamente di queste, non pertanto, attesa la stretta connessione che passa fra tutte le leggi romane, ci converrà avere di tratto in tratto riguardo anche a quelle antigiustinianee e postgiustinianee. Suolsi dividere la Legislazione antigiustinianea in quattro periodi: il 1.° si estende dall' origine di Roma fino alle XII Tavole (1-300 anni *ab urbe condita*, ossia 750-450 prima dell' era cristiana); il 2.° da questa fino a Cicerone (300-650 *ab urbe condita*, ossia 450-100 avanti G. C.); il 3.° da Cicerone fino all' imperatore Severo (650-1000 *ab urbe condita*, ossia 100 anni innanzi G. C. a 250 dopo); il 4.° da questo Imperatore fino a Giustiniano (250-550 dopo G. C.) (*a*).

SEZIONE I.

Del Diritto romano dalla sua origine fino all' imperatore Giustiniano.

PERIODO I.

§ 2. *Stato del Diritto romano sotto i Re, ed al cominciamento della Repubblica.*

Roma, edificata da Romolo, aveva una forma di governo monarchica limitata, per cui il diritto di far leggi apparteneva al popolo ed al Senato, non avendo i Re che quello di proporle al popolo, il quale, diviso in trenta curie, le confermava o rigettava. Proposta una legge dai Re, essa aveva forza obbligatoria, se il popolo ed il Senato (al quale pure competeva il diritto di proporre leggi) vi davano il loro assenso. È fama che queste leggi, le quali si chia-

(*a*) Più estesamente trattano questa materia C. A. (L. B. de) Martini *Ordo historiae Hr. civ.*, Viennae 1779. — Cr. Aug. Günther *just. jur. rom.*, Helmstad 1798. — Gius. Aug. Bach *Hist. jur. rom. cum observ. Stockmanni*, ultima ediz., Lipsia 1806 1807. Relativamente a queste differenti epoche vedi Thibaut nell' *Archivio della Pratica civ.*, T. XIII, fasc. 2, pag. 198. — Alberto Hummel *Manuale di Storia del Diritto*, Giessen 1806. — Zacharia *Saggio di una Storia del Diritto romano*, Lipsia 1814. — Schweppe *Storia del D. R*, *in cui per la prima volta si contemplano gli scritti di Cajo*, Gottinga 1822, 2. ediz. 1826, 3. ediz. di C. A. Gründler 1832. — Macieiewscki *Hist. j. rom.*, Varsav. 1825. — G. Hugo *Lezioni di D. R.*, ediz. 10. 1826, ediz. 11. Ber. 1832. — Confronta F. A. Schilling. *Osserv. sulla St. del D. R.*, ossia *Critica delle Lezioni di D. R. fino a Giustiniano* di Hugo, Lipsia 1829. — Vedi Zimmern *Stor. del D. R. privato fino a Giustiniano*, Heidelberg. 1826. — Fr. C. Stöckhart *Prospetto della Stor. del Diritto Rom.* Lipsia 1828. — Walter *Stor. del D. R. fino a Giustiniano*, T. I che contiene la costituzione, Bonna 1834 — Delle notizie interessanti ci somministra anche B. G. Niebuhr nella sua *Storia di Roma*, Berlino 1811-1816, ediz. 4. T. I, 1833.

mavano anche *regie*, sieno state raccolte da Papirio, Pontefice massimo, ai tempi di Tarquinio Superbo. Di tali leggi poche si riferivano al *Diritto privato*, il quale nei primordii della dominazione romana seguiva precipuamente i costumi e le consuetudini del popolo.

§ 3. *Continuazione.*

Scacciati i Re, furono posti al timone della Repubblica due Consoli, che deponevano regolarmente la loro carica dopo il lasso di un anno. Successe in questo mezzo che, abusando non di rado i patrizj del loro potere in danno del popolo, questo abbandonò la città, e non s'indusse a ritornarvi se non colla condizione, che a difesa de' suoi diritti venisse eletto un magistrato dal di lui grembo: dal che ebbero origine i *Tribuni della plebe* (261 anno *ab urbe condita*). Intorno allo stesso tempo s'introdussero anche gli Edili, che venivano similmente eletti dal seno della plebe (*a*). Le querele però, che non cessavano tuttavia fra i patrizii ed i plebei, furono causa che si compilassero le Leggi delle XII Tavole, ossia le Leggi decemvirali, le quali, come fonte di tutto il Diritto sì pubblico che privato, fino ai tempi di Giustiniano godevano una tale riputazione, che Crasso non dubitò di dire, presso di Cicerone, valere le semplici Leggi delle XII Tavole più che tutte le opere dei filosofi; per il che tanto più è da compiangersi che a noi non ne sieno giunti che soli frammenti. La prima Tavola trattava delle citazioni in Giudizio; la seconda dei giudici od arbitri (*De judicibus, arbitrisve*); la quarta del diritto di vendere il proprio figlio; la decima dei funerali. Il contenuto delle altre è meno certo (*b*).

(*a*) fr. 2 § 21 D. I, 2 *De leg.* « *Itemque ut essent, qui aedibus praeessent, in quibus omnia scita sua plebs deferebat, duos ex plebe constituerunt, qui etiam Ædiles appellati sunt.* Gli Edili curuli (§ 8) però sono di origine posteriore, Thibaut *Dissert. civili* n. 8, pag. 135.

PERIODO II.

§ 4. *Dalle Leggi delle XII Tavole fino a Cicerone.*

Da ciò, che le Leggi decemvirali erano molto concise e dall'aumentarsi che fece la popolazione, nacque il bisogno di nuove leggi, le quali vennero in effetto create dalla volontà parte espressa, parte tacita, del popolo; cioè le *Leggi in senso stretto*, i *Plebisciti* ed i *Senatoconsulti* per volontà espressa; per tacita poi gli *Editti dei Magistrati*, i *Responsi dei Giureconsulti*, e le *Sentenze dei tribunali*, nonchè quanto fu dai costumi dei maggiori introdotto.

§ 5. *Delle Leggi in senso stretto.*

Una *Legge in senso stretto* è quella deliberazione che prendeva tutto il popolo romano unito insieme, dietro proposta di un magistrato senatorio, vale a dire di un Dittatore, Console o Pretore (*a*). Ma queste de-

(*b*) Questi frammenti furono raccolti da Jac. Gottofredo nei suoi *Fontes quatuor jur. civ.*, Ginevra 1653. Vedi Aloys. L. B. a Locella *Tentamina tria ad illustrandas leges XII Tabularum*, Vienna 1754. — Bouchaud *Commentaire sur la loi de XII Tables*, Paris 1803. — Fra i moderni ha il maggiore merito per la reintegrazione del testo H. E. Dirksen nel suo *Prospetto dei tentativi finora fatti per la critica reintegrazione del testo delle XII Tav.*, Lipsia 1824. — Finora si è creduto che le leggi delle XII Tavole fossero state desunte dalle leggi greche, come narra T. Livio nel libro III delle Storie, e Dion. di Alicarnasso nel libro X *delle Antic.*: ma qualcuno dei moderni autori risguarda i racconti di que' due storici per mere favole, essendo le leggi romane non solo dissimili dalle greche d'assai, ma del tutto da esse differenti. Confr. Macieiowscki *Comparatio legum Solonis et decemviralium* nel Programma pubblicato da Samuele Linde nel 1819 a Varsavia. Tuttavia siccome molte delle leggi delle XII Tavole andarono smarrite, così è difficile il poterne fare un confronto esatto colle leggi greche, e quindi il decidere in modo da non lasciar luogo a dubbii.

(*a*) § 4 *Inst.* I, 2 *De jure naturali.*

liberazioni avevano piuttosto per oggetto il Diritto pubblico, che il Diritto privato.

§ 6. *Dei Plebisciti.*

Un *Plebiscito* è quella deliberazione che prendeva la plebe dietro proposta di un suo magistrato, p. e. di un Tribuno (*a*). La plebe differisce dal popolo, come la specie dal genere. Per popolo s'intendono tutti i cittadini, compresovi anco l'ordine dei patrizj e senatori; per plebe poi s'intendono tutti i cittadini, dai senatori e patrizj in fuori (*b*). Da qui nacque che le deliberazioni della plebe non obbligavano dapprima che la plebe sola; finchè i consoli Orazio e Valerio ottennero che tutto il popolo dovesse obbedire ai Plebisciti (305 anni *ab urbe condita*): il che fu in appresso confermato dal console Publicio (416 anni *ab urbe condita*) e dal dittatore Ortensio (465). Da questo tempo sparve la differenza giuridica fra le Leggi in senso stretto ed i Plebisciti; cosicchè possono ora venire compresi amendue sotto il nome di *Leggi comiziali* (*c*). Dei Plebisciti si riferivano molti al Diritto privato e ricevevano il loro nome, come le leggi in senso stretto, dal pubblico funzionario che li proponeva, p. e. le leggi Aquilia, Pletoria, Cincia e Furia.

§ 7. *Dei Senatoconsulti.*

Un *Senatoconsulto* è ciò che ordina e comanda il Senato. Poichè il popolo romano crebbe in modo ch'era difficile il convocarlo per sanzionare una legge, parve acconcio di consultare il Senato in luogo di tutto il popolo (*a*). Dall'epoca che i patrizii si sottoposero ai Plebisciti, si sottopose anche la plebe ai Senatoconsulti (*b*). Sebbene questi ultimi prima dell'imperatore Tiberio non contenessero che di rado disposizioni di Diritto privato, è tuttavia falsa la opinione di coloro che sostengono, non avere il Senato rilasciate giammai avanti il detto Imperatore di simili disposizioni, trovando noi presso Livio parecchi Senatoconsulti concernenti appunto oggetti di Diritto privato (*c*); fra' quali vuolsi annoverare anche il Senatoconsulto Silaniano, emanato sotto Augusto, con cui s'inibiva all'erede di adire l'eredità, se prima non citava in giudizio gli schiavi che avevano ucciso il testatore. Anche Cicerone (*d*) ed Orazio (*e*) numerano i Senatoconsulti tra i fonti di Diritto civile, e Pomponio nella sua *Storia cronologica di tali fonti* pone il Senato consulto prima degli Editti e delle Costituzioni dei Principi (*f*); e lo stesso ordine osserva Giustiniano nelle Instituzioni (*g*). I Senatoconsulti ricevevano i loro nomi dal Console o dall'Imperatore che li proponeva, e talvolta da chi ne aveva offerta occasione, come p. e. il Senatoconsulto Macedoniano (*h*).

(*a*) § 4 *Inst.* eod.
(*b*) § 4 *Inst.* eod.
(*c*) Gluck *Man. del D. R. priv. nuovo* § 35 e 70.
(*a*) § 5 *Inst.* I, 2.

(*b*) *Theophilus in paraph. Inst.* lib. 1, tit. 2, § 5 secondo la versione Reiziana. « *Plebs volebat, ut jura a se constituta etiam adversus senatores obtinerent; postulabat autem et senatus, ut Senatusconsulta etiam adversus plebejos valerent. — Hortensius sedans eorum discordiam suasit, ut alteri alterorum jura acciperent, iisque parerent.* »

(*c*) XXVI, 34. — XXXIX, 3. — XLI, 9. Schilling nella sua *Critica delle Lezioni di Hugo* ritiene che questi *Senatoconsulti* formassero parte del Diritto pubblico.

(*d*) *Top.* c. 5. « *Si quis* jus civile *dicat id esse, quod in legibus*, Senatusconsultis *consistit.* »

(*e*) Ep. I, 16. *Qui consulta patrum, qui leges, juraque servat.*

(*f*) fr. 2 § 9, 11 *D.* I, 2. *De orig. jur.*

(*g*) § 3. *Inst.* I, 2 *De jure naturali.*

(*h*) Il parricida si chiamava Macedone, come si ha tanto da Teófilo nella sua parafrasi del § 7 *Inst.* IV. 7, come dal fr. 1 D. XIV 6. *De Sen. Maced.* V. Hugo *Storia del Dir.* ed. 10,ª p. 705.

§ 8. *Degli Editti dei Magistrati.* (Edicta Magistratuum.)

L'amministrazione della giustizia era in Roma affidata ad un Pretore. Ma siccome per l'incremento della popolazione non ne bastava un solo per definire tutte le controversie, così se ne aggiunse al principio del VI secolo *ab urbe condita* un altro, l'ufficio del quale era di decidere le cause fra stranieri e stranieri, o fra cittadini romani e stranieri; per il che si chiamava *Praetor peregrinus*, mentre il primo, che non aveva che a rendere ragione fra cittadini romani, era detto *Praetor urbanus*. La loro carica durava un anno, assumendo la quale usavano pubblicare degli Editti, e manifestare in questi le regole ch'erano intenzionati di seguire nella loro durata in carica, affinchè i cittadini per loro direzione sapessero, come ciascuno di detti Pretori avrebbe amministrata la giustizia (*a*). Simili Editti contenevano ciò che non era nelle Leggi determinato, o interpretavano Leggi oscure, o ne rendevano più conformi all'equità ed ai principj generali di Diritto altre ch'erano troppo severe o non più adattate alle circostanze dei tempi, accordando a tal uopo eccezioni e restituzioni in intiero, e introducendo delle finzioni legali. Tuttavia non tutti i Pretori pubblicavano un nuovo Editto, conservando molti in tutto o in parte l'Editto del loro predecessore, il che interveniva quando una qualche massima era già invalsa per tacito consenso del popolo (*Edictum tralatitium*). Oltre a questi Editti annui, rilasciavano i Pretori anco in via straordinaria, se le circostanze il richiedevano, degli Editti contenenti decisioni di casi particolari (*Edicta repentina*) (*b*). Lo stesso diritto di promulgare degli Editti avevano anche gli *Edili curuli;* questi dirigevano la polizia ed avevano l'ispezione sugli edificii; e sebbene i loro Editti non concernessero per la maggior parte che l'uno o l'altro di questi due oggetti, contenevano essi tuttavia alcuna volta anche disposizioni di Diritto privato, p. e. rispetto alla compera di cose aventi difetti occulti (§ 492.) (*c*). Il Gius introdotto dai Magistrati si chiamava *Jus honorarium, quod ab onore praetoris venerat* (*d*). Finalmente avevano anche i Tribuni della plebe ed i Censori il diritto di pubblicare gli Editti, i quali però non si riferivano che in casi rari ad oggetti di Diritto privato (*e*).

§ 9. *Responsi dei Giurisperiti* (Responsa Prudentum).

Il Gius romano deve riconoscere il suo perfezionamento massimamente dai Giurisperiti, i quali, trovate le più importanti regole di Diritto esposte nelle XII Tavole e negli Editti dei Pretori in un modo molto succinto, le svilupparono con maggiore precisione, le applicarono ai casi particolari, prescrissero le formule per comporre le petizioni o le risposte, o per conchiudere negozii in giudizio o fuori, e per ultimo introdussero cautele (*cautiones*) perchè non avesser i loro clienti a risentire danno per dolo altrui. In appresso i Giureconsulti resero di pubblica ragione altri scritti in materia di Diritto privato; in questo periodo però essi dettero special-

(*a*) fr. 2 § 10 D. I. 2 *De orig. jur.*

(*b*) Hugo *Storia del Diritto*, edizione decima, Berlino p. 377-399. Savigny, *Stor. del D. R. nel medio evo* T. I, p. 3.

(*c*) D. XXI, 1. *De aedilitio edicto.*

(*d*) Pomponio nel fr. 2 § 10 D. I, 2. Ma Papiniano nel fr. 7 D. I, 1. *De justitia* soggiunge: « *Quod et honorarium dicitur, ad onorem Praetorum sic nominatum.* »

(*e*) Schilling. p. 118.

mente opera a compilare formule e a dare consulti. Le regole che si originarono dai loro consulti e pugne forensi, e furono per tacito consenso del popolo introdotte, presero il nome di *Jus civile* in senso strettissimo (*a*) (V. § 15). Appio Claudio fece una raccolta delle formule per attitare e trattare le cause, delle quali formule ebbero la chiave solo il Pontefice massimo ed i patrizii, finchè Gneo Flavio, copista di quel Giureconsulto, ne fece la pubblicazione (449 anni *ab urbe condita*), e si chiamarono dal suo nome *Gius Flaviano*. Quindi, a misura che la Giurisprudenza si andava perfezionando, trovate furono nuove formule, le quali, date fuori circa 100 anni dopo da Sesto Elio Cato, si chiamarono *Gius Eliano* (*b*).

§ 10. *Delle cose giudicate.*

Largo fonte del Gius romano privato furono altresì le concordi sentenze dei Giudici emanate in casi identici, le quali, specialmente se pronunciate dai Centumviri, venivano dal popolo tacitamente confermate. Preside del collegio dei Centumviri era il Pretore unitamente ai Decemviri. Siccome poi da ciascuna delle trentacinque tribù venivano trascelti tre membri per formar quel collegio, così esso constava veramente di centocinque membri, i quali suddivisi in quattro sezioni formavano quattro tribunali. Trattandosi di materie d'importanza, si riunivano tutte quattro le sezioni. Cicerone ci enumera gli oggetti di competenza del collegio centumvirale, fra cui p. e. l'usucapione, il taglio dei testamenti ec. (*a*).

(*a*) fr. 2 § 5 D. I, 2. « *Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus communi nomine appellatur* jus civile. » Il vocabolo jus civile ha nelle leggi romane differenti significati, che si desumono dal contesto del discorso, e da ciò che viene a detto vocabolo contrapposto. Così esso indica:
1. il Gius proprio di ogni Stato, § 1 *Inst.* I, 2;
2. dinota per eccellenza il Gius proprio dei Romani, fr. 1 § 2 D. I, 1.
3. esso significa tutto il Gius romano dall'onorario in fuori, ossieno le leggi dei Comizii, i Senatoconsulti, i Responsi dei Giureconsulti, e più tardi anche le Costituzioni dei Principi. fr. 7 D. I, 1; e finalmente
4. per *Jus civile* in senso strettissimo s'intendono i responsi dei Giureconsulti. Makeldey *Lezioni dell'odierno D. R.*, Giessen., ediz. 7.ª 1827, § 34.

(*b*) *Storia di Hugo*, ediz. 10.ª p. 409-416.

(*a*) Cic. *Top.* 5. - S. Siccama *De Judicio Centumvirali cura Zepernicki*. Hal. 1776.

PERIODO III.

Da Cicerone fino all'imperatore Alessandro Severo.

§ 11 *Costituzioni dei principi.* (Constitutiones Principum).

Incominciato appena questo periodo, l'imperatore Ottaviano, sconfitto Antonio e sedati gl'innumerevoli torbidi che avevano agitata la Repubblica, si recò in mano la somma delle cose. Consolidata in seguito la potestà illimitata de' principi, divennero le loro costituzioni fonte nuovo ed abbondevole del Diritto privato (*a*). Oltre siffatte costituzioni, si noverano in questo periodo tra i fonti del Gius privato anche le *Leggi comiziali*, i *Senatoconsulti*, gli *Editti dei Pretori*, i *Responsi dei Giurispru-*

(*a*) fr. 1 pr. D. I, 4 *De const. princ.* « *Quod principi placuit, legis habet vigorem: ut pote cum* lege regia, *quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* » Gli eruditi non vanno d'accordo sul tenore e la natura della così detta *lex regia*, nè mancherà materia di disputar ancora alla lunga in proposito, troppo incerte essendo le fonti a cui attinger ne dovremmo la vera cognizione. Probabilmente essa non era che un atto fattosi estendere per opera degli Imperatori romani dal Senato in conferma del loro potere, il quale atto soltanto in seguito, dopochè la dominazione degli Imperatori si era rassodata, e sedato l'odio contro il nome regio, fu detto *lex regia*. A qual tempo ciò sia succeduto, non lo si può con sicurezza determinare. Macieiowschi nell'opera citata più sopra p. 111. Vedi anche Hugo p. 655.

denti. Noi esporremo in brevi cenni ciò che v'ha di più importante in essi.

§ 12. *Leggi comiziali.*

Sul cominciare di questo periodo soggiacque il Gius privato ancor di sovente a modificazioni in virtù delle *Leggi comiziali*, la maggior parte delle quali furono fatte durante le guerre intestine e sotto l'impero di Augusto, come la *legge Falcidia*, la *Papia Poppea*, ec. Verso il fine di questo periodo esse però cessarono interamente (*a*).

§ 13. *Senatoconsulti.*

Cadute in disuso le leggi dei Comizii, incominciarono i *Senatoconsulti* (§ 7) ad esercitare sul Gius privato un'influenza maggiore che nei secoli precedenti, e se ne videro comparire fino al termine di questo periodo. Appartengono a quest'epoca alcuni de' più notabili fra essi, come p. e. il *Senatoconsulto Vellejano* sotto Claudio, il *Trebelliano* sotto Nerone, il *Pegasiano* sotto Vespasiano, dei quali tutti tratteremo a suo luogo.

§ 14. *Editti dei Pretori.*

Anche in questo periodo fu accresciuto l'*Editto pretorio* (§ 8) di nuove giunte. Intanto si faceva però sentire lo assoluto bisogno di tagliar fuori tutto ciò che vi aveva in esso di antiquato e superfluo. Il primo che compilò esattamente l'Editto pretorio fu Ofilio, amico di Cesare; ma già ancor prima di lui aveva Servio lasciati a Bruto due libri contenenti delle succinte annotazioni a quell'Editto (*a*). Stimabili com'erano in sè queste opere, esse non aveano tuttavia forza legale; il perchè fu cosa utilissima che il pretore Salvio Giuliano di ordine dell'imperatore Adriano abbia compendiato l'Editto, che fu poi per eccellenza chiamato *perpetuo* (131 anno *dopo l'Era volgare*). Da quel tempo in poi cessarono gli Editti annui dei Pretori, i quali ritennero però la facoltà di pubblicare degli Editti straordinarii per casi in addietro non contemplati (*b*).

§ 15. *Responsi dei Giureconsulti.*

Ma più che altri contribuirono i Giureconsulti al perfezionamento della Giurisprudenza, la quale venne specialmente in questo periodo col lume della filosofia e colla cognizione della greca letteratura in sommo splendore; conciossiachè dai tempi di Adriano fino all'imperatore Alessandro Severo siensi particolarmente impiegati nella stessa i talenti più insigni, servendo essa di scala ai primi onori.

Nelle Pandette (*a*) si leggono frammenti di Q. Muzio Scevola, maestro di Cicerone e il primo che tentasse di ridurre la Giurisprudenza a un sistema scientifico; di Alfeno Varo, e di Elio Gallo, i quali tutti vissero prima di Augusto. Già ancora prima di quell'Imperatore non poche furono le dispute tra i Giurisperiti; ma fu particolarmente ai suoi tempi, che Antistio Labeone e Attejo Capitone furono causa che nascesse-

(*a*) Falsa è l'opinione, che da Tiberio in poi non siasi fatto alcun Plebiscito. Zimmern. *St. del Diritto*, tom. I, p. 72.

(*a*) fr. 2 § 44 D. I, 2.

(*b*) Non possediamo dell'Editto perpetuo che semplici frammenti, che Wieling raccolse nella sua Opera *Frag. edicti perpetui*, Franequer 1733. Vedi anche *Libri tres edicti de origine fatisque jurisprudentiae romanae, praesertim Edictorum Praetoris, ac de forma Edicti perpetui, quos scripsit Car. Guil. Lud. de Weyhe*, Cellae 1821, e A. G. S. Franckii. *Commentatio de Edicto Praetoris urbani, praesertim Edicto perpetuo*, Kilian 1830.

(*a*) Vedi il § 24.

ro due scuole fra loro opposte, chiamate *Proculiana* l'una e *Sabiniana* l'altra da Proculo e Sabino, scolari di quei due Giureconsulti (*b*). Si trovano nei Digesti frammenti di Procolo, Giuvenzio Celso e Nerazio Prisco, appartenenti alla scuola di Labeone; e di Giavoleno Prisco, di Aburno Valente e Salvio Giuliano, seguaci di quella di Capitone. Dall'imperatore Adriano in poi non è così facile di ben distinguere le diverse scuole. Nei Digesti si rincontrano anche i seguenti, sebbene meno celebri, autori: Tertulliano, Rutilio Massimo, Licinio Rufino, due o tre sotto il nome di Saturnino, Arrio Menandro, Furio Antiano e Florentino. Più rinomati di questi sono Tarunteno Paterno, Mauriciano, Papirio Giusto, Terenzio Clemente, Volusio Meciano, Emilio Macro, Callistrato, Trifonino, Ulpio Marcello, Cecilio Africano, Elio Marciano, Pomponio e Cervidio Scevola; ma i più celebri di tutti sono Cajo (*c*), Emilio Papiniano, Domizio Ulpiano, Giulio Paolo, e Modestino. Questi scrittori ci lasciarono annotazioni e commenti alle Leggi, ai Senatoconsulti, alle Costituzioni dei Principi, all'Editto, ed alle opere dei Giureconsulti d'epoca più remota, oppure singoli trattati sovra speciali materie di Diritto, o per ultimo un sistema intiero di Giurisprudenza. Prima dei tempi di Augusto, i Responsi dei Giureconsulti ottennero forza di legge, dopochè per tacito consenso del popolo furono a mano a mano generalmente approvati (*d*). Ma sotto Augusto fu introdotta l'innovazione, che nissun Giurisperito potesse dare consulti e rispondere se non dietro autorizzazione del Principe (*e*).

Il senso di queste parole è controverso: non pertanto si può inferire da esse in unione al § 7 delle Istituzioni di Cajo (*f*) che i Giureconsulti non autorizzati non rispondevano, e se pure rispondevano, i loro responsi erano senz'autorità; ma che per lo contrario i responsi dei Giureconsulti autorizzati aveano forza di legge, se naturalmente le loro opinioni sul punto controverso erano unanimi. Se v'era discrepanza di pareri, stava in arbitrio del Giudice di attenersi a quello che stima-

(*b*) I Sabiniani s'appellano anche *Cassiani* da Cajo Cassio Longino, scolaro pure di Capitone. I Proculiani insistevano per una trattazione più libera e storico-filosofica della Giurisprudenza, e tentarono di classificare più accuratamente le idee e di ridurre l'ermeneutica legale a regole generali. I Sabiniani all'opposto, stando scrupolosamente fermi alle decisioni degli antichi Legisti e alla parola della legge, non si partivano dalla stretta osservanza di questa che per principii di equità. Ma i progressi della coltura ingenerarono il convincimento, che il Gius positivo non si può portare al suo vero perfezionamento, che unendo insieme i metodi d'amendue le scuole. Da ciò si pare come di mano in mano si componessero in un modo insensibile le controversie fra esse prima esistenti. Dircksen *Supplimenti per la conoscenza del D. R.*, Lipsia 1825, p. 46.

(*c*) Le istituzioni autentiche di Cajo vennero scoperte da Niebuhr a Verona nella Biblioteca del Capitolo di quella Cattedrale. Vedi il *Giornale* di Savigny, III, p. 129-289. Esse comparvero alla luce per la prima volta nel 1820 a Berlino, e poi in una 2.ª edizione migliorata nel 1824. Oltre molte opere comparse intorno le dette Istituzioni, meritano particolar menzione le seguenti: W. van Swinderen Groningani *Commentatio praemio ornata, continens collationem Institutionum Justiniani cum Inst. Caji inde ab initio usque ad locum de tutelis, in Annal. Accad. Groning.* 1821. — Potter van Loon *Collatio Inst. cum Gaji Inst Veronae inventis, inde ab initio usque ad Gaji locum de manu*, Groninga 1823. — *Quale utile ridonda alla romana Giurisprudenza dalle Instituzioni di Cajo?* di Od. Schrader professore di Tubinga, opuscolo tratto dagli *Annali di Letteratura* stampati in Heidelberg, e venuto alla luce in quella città nel 1823. V. anche F. E. Huschke *Sulla critica ed interpretazione delle Instituzioni di Cajo, ne' suoi studi di D. R.*, T. I. Breslavia 1830. Chi desidera di conoscere altre opere in proposito vegga Makeldey, ediz. 7.ª § 47, nota *b*.

(*d*) fr. 2 § 5 D. I, 2 *De origine juris.*

(*e*) fr. 2. § 47 D. eod. « *ut jurisconsulti ex ejus auctoritate responderent.* »

(*f*) ed al § 8 *Instit.* I, 2 *De jure naturali.*

va il più giusto (g), come fu ordinato anche da Adriano nel suo Rescritto (h).

PERIODO IV.

Da Alessandro Severo fino a Giustiniano.

§ 16. *Osservazione generale.*

Dalla morte di Alessandro Severo in poi (235 anni dopo la nascita di G. C.) l'Impero romano si avanzava ogni giorno più verso la sua distruzione; i soldati pretoriani creavano e deponevano gl' Imperatori; questi governavano ordinariamente da despoti; e d'altra parte le irruzioni dei Barbari turbavano la tranquillità dello Stato. Nessuna meraviglia pertanto, se la Giurisprudenza, come tutte le altre scienze, si risentisse della barbarie di quei tempi. Appena un solo Giureconsulto di grido vanta questo periodo. Fra quelli che vissero prima di Giustiniano, soli meritano di essere ricordati Gregoriano, Ermogeniano, Aurelio Arcadio, Carisio e Giulio Aquila. Delle opere di questi tre ultimi si trovano estratti nelle Pandette. Gregoriano ed Ermogeniano poi si resero benemeriti della Giurisprudenza coll'avere raccolte le Costituzioni dei Principi, le quali a quei tempi per le ragioni dette più sopra erano il fonte principale del Diritto romano.

§ 17. *Differenti specie delle Costituzioni dei Principi.*

Delle Costituzioni dei Principi altre sono *Editti*, ossiano Leggi universali obbligatorie per ogni cittadino; altre *Mandati*, o istruzioni pei pubblici funzionari; quali *Decreti*, con cui gl'Imperatori decidevano le questioni loro assoggettate; quali infine *Rescritti*, coi quali essi davano evasione ai dubbii ed alle suppliche dei loro sudditi. Vi sono poi le quattro seguenti specie di Rescritti:

1. *Adnotationes* o *subnotationes*, se essi venivano scritti di proprio pugno dell'Imperatore sulle suppliche di persone private;

2. *Rescritti propriamente detti*, se l'evasione diretta a persone private non era di mano dell'Imperatore;

3. *Epistolae*, se erano rilasciati dietro domanda di un Magistrato;

4. *Sanctiones pragmaticae*, se venivano emanate a qualche comunità *universitas*). I Rescritti non avevano forza se non erano sottoscritti dall'Imperatore stesso, o dietro di lui comando dal capo della cancelleria imperiale (*Magister scriniorum*) (a), se non c'era inoltre apposto il giorno ed il nome del Console, e se la istanza non era appoggiata alla verità; per il che vi si aggiungeva sempre la clausula: *si preces*

(g) Zimmern *Storia del D. R. pr. fino a Giustiniano*, Heidelberg 1826, T. I, § 54, p. 199.

(h) Caji *Instit.* I, § 7. — Ma come accertarsi della concordanza dei Giureconsulti autorizzati? Zimmern nell'opera sopra citata pretende (p. 200 e 201) che proposto da taluno un quesito, i Giurisperiti autorizzati a dare consulti si convocassero per deliberare in comune e ne partecipassero poi a chi aveva fatto il quesito la conclusione, indicandogli a un tempo se vi fosse unanimità o meno di pareri. Ma Huschke nel *Giornale critico di Tubinga*, T. V, p. 241, osserva che a una tale opinione oppugna tanto il fatto che i singoli responsi ancora esistenti procedon tutti da un solo Giureconsulto, quanto ciò che ci racconta Gell. XIII, 13 intorno molte *Stationes Jus publice respondentium;* come finalmente la natura della innovazione introdotta a quei tempi nei fonti del Dir. R., innovazione che risguardava soltanto gli effetti, non anco la specie dei medesimi. Secondo esso pertanto si dee ritenere che, qualora taluno produceva il responso di un Giureconsulto, senzachè n'esistesse alcun altro diverso da quello, si dovesse per quel dato caso, di cui si trattava, presupporre che tutti i Giureconsulti fossero dello stesso parere.

(a) Vedi Schweppe *Storia del D. R*, § 193, Gottinga 1822.

veritati nitantur. I Decreti ed i Rescritti non avevano da prima forza di Leggi universali, ma Giustiniano la conferì loro di poi pei casi in cui essi non avevano per oggetto semplicemente una questione di fatto, ma un punto di Diritto (*b*).

§ 18. *Fonti del Gius romano al principiare del secolo quinto.*

Sul principiare del secolo quinto, tanto nelle scuole, che fuori di Giudizio si consideravano come fonti del Gius romano le Leggi, i Senatoconsulti, gli Editti dei Magistrati, le Costituzioni de' Principi, e le usanze de' maggiori; dei quali fonti tutti le XII Tavole formavano tuttavia la base. Ma in giudizio non si citavano che i Responsi dei Giureconsulti e le Costituzioni dei Principi (*a*). E di fatto, ben meritavano i Giureconsulti, i quali con ammirabile pazienza ed acume commentarono gli antichi fonti applicandoli ai bisogni pratici, che i loro scritti godessero presso le Autorità forza di Legge. Ma siccome, negletto com' era lo studio legale, i Giudici non sapevano valutare a dovere le diverse opinioni dei Giureconsulti, e siccome stava nel loro arbitrio di attenersi in caso di discrepanza all'opinione che loro la più giusta sembrava (§ 15 in fine); così è facile a comprendere quanto dubbio e fluttuante dovess'essere lo stato della Giurisprudenza, se i singoli Giudici a diverse opposte sentenze di Giureconsulti si fossero rapportati. Per rimediare in qualche modo a questo inconveniente, ordinò Valentiniano III nel 426 che non avessero in Giudizio pubblica autorità, se non se le Opere di Papiniano, di Paolo, di Cajo, di Ulpiano Modestino, e di quei Giureconsulti che furono da loro citati (*b*). Ogni scrittore contava un voto, cosicchè il concluso si faceva a pluralità: se i voti erano pari, veniva preferita l'opinione di Papiniano, o non avendone questi esternata alcuna, decideva il parere del Giudice. Quanto alle annotazioni apposte da Cajo e da Paolo agli scritti di Papiniano, esse non avevano alcun vigore (*c*).

§ 19. *Codice Gregoriano ed Ermogeniano.*

Il numero grande delle Costituzioni dei Principi partorì le stesse difficoltà prodotte prima dagli scritti dei Giureconsulti; poichè come poterle tutte conoscere, avendole gl' Imperatori promulgate isolatamente? Fu per ciò che ai tempi di Costantino il Grande e de' suoi figli si posero due Giurecon-

(*b*) c. 12 C. I, 14 *De legibus.*
(*a*) Savigny *St. del D. R. nel medio evo*, T. I pag. 7.

(*b*) c. 3 *(hactenus. c. un.)* C. Theodos. I, 4 *De resp. prud.: Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus.* Con ciò Giustiniano volle procurare ai Giudici una scorta per distinguere gli anteriori Giureconsulti autorizzati da quelli non autorizzati, escludendo nello stesso tempo tutti i posteriori. Per questo passo, com' esso viene ordinariamente interpretato, gli scritti degli altri Legisti non possono aver forza di legge, senonchè allorquando sono contenuti come parte integrante nelle Opere di quei cinque, o furono commentati da loro. D'altra opinione sono Puchta e Blume nel *Museo Renano* V, 2. n. 6. Vedi anche Hugo nelle sue *Lezioni di D. R.* ediz.10.ª 1826, II, p. 944.
(*c*) Sembra che Costantino il Grande avesse già deciso quali opere di Giureconsulti dovessero aver forza obbligatoria in Giudizio, mentre raccogliamo da c. un. Teodos. Cod. IX, 43 che quell' Imperatore aveva rigettate le Annotazioni fatte da Ulpiano e Paolo a Papiniano, e si ha dalla *Consultatio veteris Icti* § 7. (Schulting *Jus civ. antejust.* p. 821) che *Pauli receptae sententiae* in virtù delle Costituzioni dei Principi stavano in somma reputazione. Si aggiungono due altre Costituzioni di Costantino il Grande, rimaste fino a' dì nostri pressochè sconosciute, e scoperte da Clossio nella Biblioteca Ambrosiana in Milano. V. *Theodosiani Codicis genuina fragmenta, quae ex membranis bibliotecae Ambrosianae Mediolanensis nunc primum edidit W. F. Clossius*, Tubingae 1824, pag. 35.

sulti, per nome Gregoriano ed Ermogeniano, a raccogliere tutte quelle Costituzioni, dando così origine a due Codici, di cui l'uno, chiamato *Gregoriano*, abbraccia le Costituzioni da Adriano fino a Costantino il Grande; e l'altro, detto *Ermogeniano*, quelle degli imperatori Diocleziano e Massimiano, e questo non era probabilmente che un supplemento del primo. Amendue questi Codici, sebbene redatti per cura privata, ottennero in Giudizio forza di Leggi (*a*).

§ 20. *Codice Teodosiano.*

Cangiati, per l'introduzione del cristianesimo, molti principii del Diritto privato, ed uscite molte nuove Costituzioni, Teodosio II ne fece fare una nuova Collezione, la promulgò in Oriente nel 438 e la comunicò al suo collega in Occidente Valentiniano III, che anch'esso la sanzionò ne'suoi Stati. Questo Codice contiene le Costituzioni di Costantino il Grande e de'suoi successori, e quelle degli stessi Teodosio e Valentiniano. Queste Costituzioni non sono però sempre riportate tutte per esteso in un solo luogo; ma se trattano di oggetti diversi, trovansi distribuite a brani nei varii titoli dei sedici libri nei quali è diviso quel Codice, e di cui i cinque primi soltanto si riferiscono al Gius privato, mentre gli altri trattano oggetti di Gius pubblico o canonico (*a*). Ma anche dopo la compilazione del Codice Teodosiano, tanto Teodosio e Valentiniano, quanto i loro successori fecero nuove Costituzioni (*Novelle*) (*b*).

§ 21. *Vicende ulteriori del Diritto romano.*

I. — *In Occidente.*

Dopo la caduta dell'Impero romano in Occidente, sorsero nuovi regni di origine alemanna. Lasciarono i Germani ai vinti Romani le loro antiche leggi, o, come soleasi dire a quei tempi, la Legge romana (*lex romana*), di cui sono da notarsi tre Raccolte, cioè 1. l'*Editto di Teodorico,* Re degli Ostrogoti (anno 500), opera in cui il Diritto romano venne interamente rifuso; cosicchè in essa non più gli antichi Giuristi ed Imperatori, ma soli vi ragionano i di lei compilatori. Con ciò il Diritto romano rimase talmente sfigurato, che si dura spesso fatica a riconoscervelo (*a*). 2. Il *Breviario di Alarico,* Re dei Visigoti, pubblicato nel 506. Esso contiene per lo più Leggi romane senza alterazioni, ma in gran parte ommesse. Alla sua compilazione servirono i Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, unitamente alle loro Novelle ed agli scritti

(*a*) Se ne trovano reliquie in Ant. Schulting *Jurisprud. ante just*. p.683-718 e nella nuova edizione del *Diritto anteginstin.*, Berlino 1815. Del primo codice sussistono ancora 63 Costituzioni, e 30 del secondo.

(*a*) La miglior edizione è quella intolata *Codex Theodos. cum perpet. comment. Jac. Gothofredi Ed. nov. recogn. et auct. studio Jo. Dan Ritteri*, T. VI, Lipsiae 1736-1745. L'edizione più recente ma senza note, si trova nell'opera *Jus civ. antejust.*, Berol. 1815. Nuovi frammenti ultimamente scoperti si leggon nell'opere seguenti: 1.ª *Vaticana juris romani fragmenta ex Codice palimpsesto Romae ab A. Majo detecta*, Parisiis 1823, *quae commentario tum critico, tum exegetico instruxit A. A. de Buchholtz*, Regiomonti 1828; 2.ª *Codicis Theodosiani fragmenta inedita ex Codice palimpsesto bibliothecae reg. Taurinensis in lucem protulit atque illustravit Amad. Peyron*, Taurini 1823; 3.ª *Theodosiani Codicis genuina fragmenta, quae edidit Clossius*, (§ 18, not. c in fine). Inoltre: *Fragmenta a Clossio, atquae Peyron detecta inter se disposuit atque edidit Ed. Pugge*, Bonnae 1825. — *Codicis Theodosiani libri V. priores. Recognovit, additamentis insignibus a Clossio et Am.Peyron repertis, aliisque auxit, notis subitaneis tum criticis tum exegeticis, nec non quadruplici appendice instruxit C. F. Ch. Wenck*, Lipsia 1825.

(*b*) Ritter le aggiunse in fine alla sua edizione del Codice.

(*a*) Questo Editto è contenuto nel *Corpus juris ger. ant.*, Halae 1735, di Georgisch. È da notarsi che questo Editto era obbligatorio tanto pei Romani che pegli Ostrogoti.

di Cajo, Paolo e Papiniano (*b*). 3. Di là a non molto, cioè fra il 517 e il 534, si diede fuori presso i Borgognoni il così detto *Papiano* (*Papiani responsum* o *responsa, lex romana Burgundiorum*). Anche in questa Collezione il Diritto romano si contiene quasi senza mutazione veruna (*c*).

§ 22. — II. *In Oriente.*

Ma ben altre che le cure dei Re alemanni furono per la Giurisprudenza quelle di Giustiniano (*a*). Questi si pose in animo di riordinare e migliorare una tale materia, che per essere sì vasta è sì difficile ad afferrare. A tal uopo fece estrarre il buono ed il meglio da innumerevoli trattati giuridici; volle che si risecasse ciò che non era più in uso o ch'era superfluo, e che si adattasse ogni cosa ai bisogni de'suoi tempi, servendosi in ciò di Triboniano, già questore del palazzo, dal quale le mutazioni ed aggiunte fatte nelle Leggi si appellarono *Emblemata Triboniani.*

§ 23. *Il vecchio Codice Giustinianeo.*

La prima cura di Giustiniano fu quella di far raccogliere le Costituzioni imperiali, contenute nei Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e le Novelle degl'Imperatori posteriori; e pubblicò questa Collezione sotto titolo di *Codice Giustinianeo,* che abrogato in appresso da lui medesimo andò smarrito.

§ 24. *Le Pandette.*

Altro non contenendo la Collezione ora menzionata, che Costituzioni imperiali, nè potendosi quindi ad essa attingere come a fonte universale della Giurisprudenza, si rendeva necessaria un'altra opera pei bisogni dei Legisti e dei Giudici: al che acconci più che altro sembrarono gli scritti degli antichi Giureconsulti. Ma poichè di tali scritti n'esisteva un numero infinito, così Giustiniano ordinò a Triboniano e ad altri sedici Giureconsulti di estrarre da essi il meglio, evitando ogni contraddizione e rigettando o cambiando quanto non era più in uso. Comparve in luce quest'opera sotto il nome di *Pandette* ossia *Digesti* (*a*) tanto per uso delle scuole che dei Giudizj, ai 16 di dicembre del 533, e a datar da quel giorno fu tolta ai volumi e comenti dei Giureconsulti ogni forza di legge in Giudizio: il che fu causa che essi furono negletti, e la maggior parte andarono smarriti (*b*). Le Pandette sono divise in cinquanta libri, questi in titoli, e i titoli in frammenti, ognuno dei quali consta ordinariamente di un proemio e di più paragrafi, e porta in fronte il nome dell'autore da cui fu preso. Giustiniano divise

(*b*) Un'edizione completa ne uscì per cura di Gio. Sichard, Basilea 1528.

(*c*) Si trova presso Schulting nell'opera citata, p. 827. Confronta Savigny *St. del Dir. rom. del medio evo,* II, p. 24.

(*a*) Giustiniano, nato in bassa condizione, dovette la corona a Giustino suo zio materno, il quale da pastore divenuto soldato pretoriano e poi generale fu eletto in fine Imperatore. Questi dopo avere conferito a suo nipote più cariche ed onori, lo fece suo collega nell'Imperio, e lo costituì più tardi suo successore. Procopio, scrittore contemporaneo di Giustiniano, colma di lodi, ne'suoi otto libri di storia, questo Imperatore, raccontando però tutto l'opposto nei suoi *Aneddoti.* Egli è bensì vero ch'esso era molto vano, com'emerge dalle singole sue Costituzioni, e ch'esso non era esente da altri vizj. Ma per noi ha meno interesse il sapere quali fossero le doti del suo animo, che quali servigii esso abbia resi alla Giurisprudenza; e ch'egli infatti ne abbia recati d'insigni, nissuno è che lo nieghi.

(*a*) Si chiamano *Pandette* dalle voci greche *pan* e *decomai* e *Digesti,* perchè Giustiniano distribuì *(dige-rebat)* tutta la raccolta in sette parti. Vedi le *Osservazioni ed ipotesi sull'ordine dell'iscrizioni dei frammenti delle Pandette di G. A. Reimarus,* Gott. 1830.

(*b*) Noi abbiamo ancora le *Istituzioni* di Cajo, i *Frammenti* di Ulpiano, e le *Sentenze ricevute* di Paolo.

questi cinquanta libri in sette parti, che i Glossatori ridussero in seguito a tre, chiamando la prima *Digestum vetus*, la seconda *infortiatum*, e la terza *novum*: amendue le quali divisioni sono però antiquate, non essendo già da molto tempo più in uso che quella in libri e titoli. Diversa secondo i diversi tempi fu la maniera di citare le Pandette. Anticamente si citavano oltre l'epigrafe del titolo anche le iniziali della legge, o del frammento e paragrafo; per esempio:

D. *De rei vindicatione*. L. *In rem actio*. § *loca sacra* (*c*) o viceversa: L. *In rem actio*. § *loca sacra*. D. *De rei vindicat.*

Dal che nacque il seguente modo di citare:

L. *In rem actio* 23. § *loca sacra* 1. D. *De rei vindicatione*.

E finalmente:

L. 23 § 1 D. *De rei vind.*

Quest'ultimo modo di citare è ancora in uso; se non che molti in luogo di un L. pongono un fr., chiamandosi questi estratti più esattamente Frammenti, anzichè Leggi; e includono alla fine fra parentesi il numero del libro e del titolo; p. e.:

fr. 23 § 1 *De rei vindic.* (VI, I.)

o ancor più in breve:

fr. 23 § 1 D. VI, I.

Volendosi citare il proemio di un frammento, si mette invece di un § un pr. (*proemium*), p. e.

fr. 23 pr. D. VI, I.

Resta in ispecie da osservare, che i libri XXX, XXXI, XXXII, i quali trattano dei Legati e Fedecommessi, si citano I, II e III libro de' Legati e Fedecommessi; e che essi non si suddividono, come gli altri, in titoli, ma immediatamente in frammenti. Così p. e.

fr. 11 § 9 D. *De legat.* III. significa il libro XXXII (*d*).

(*c*) In questo modo citavano già i Chiosatori: D, e ff, che probabilmente provenne da D, che significa *Digesti*. Si adopera talora anche un P, il che indica le *Pandette*, e L. *Legge*.

(*d*) È poco frequente l'uso di citare il numero del libro, poi quello del titolo e finalmente del frammento e paragrafo (D. VI, 1, 23, 1). Thibaut *Dissert. di G. civ.* n. 10, p. 127.

§ 25. *Le cinquanta Decisioni degl' Imperatori.*

Che i compilatori delle Pandette si abbattessero di tratto in tratto nelle Opere dei Giureconsulti in pareri opposti, non parrà strano a chi si sovviene che già dai tempi di Augusto i Giureconsulti erano divisi in due scuole. Ma siccome la legge Valentiniana era stata tolta (*a*) e quindi nessun Autore non godeva più di una preferenza speciale, così convenne che Giustiniano stesso decidesse con particolari Costituzioni ciò che i Compilatori non si facevano lecito di mutare. Di tali Costituzioni ne uscirono a mano a mano cinquanta, le quali furono in seguito inserite nel *Codice repetitae praelect.* in quel luogo che a ciascheduna meglio conveniva. Ma è controverso se tutte cinquanta si trovino nel Codice, e quali ne sieno le caratteristiche. Ordinariamente si afferma che si possano riconoscere ai seguenti indizi:

1. Portano l'epigrafe *Justinianus Juliano*, o *Johanni P. P.* (*praefecto praetorio*);

2. Vi è la sottoscrizione: *Lampadio et Oreste consulibus*, oppure *anno primo o secundo post consul. Orestis et Lampadii*;

3. Versano sopra una controversia legale (*b*).

(*a*) Giustiniano nella *Constit. De concep. Dig. ad Trib.* § 6: « *Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, judicatote, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et majores in aliqua parte superare.* »

(*b*) p. e. c. 13, 14, 15 C. III, 33. — c. 10 C. VI, 26. — c 3 C. VI, 29. — c. 4 C. VIII, 37.

§ 26. *Le Istituzioni.*

Compilate le Pandette, si venne tosto a conoscere che per la loro estensione non erano adattate alla istituzione della gioventù nelle scuole. Per non lasciar quindi luogo a nulla desiderare, comandò Giustiniano a Triboniano, a Doroteo ed a Teofilo (di cui il secondo teneva scuola di Giurisprudenza a Berito, il terzo a Costantinopoli) di comporre un'opera dalla quale la gioventù potesse apprendere i primi principii di Diritto. Per eseguire quest'ordine tolsero quei Giureconsulti da tutti gli antichi volumi scolastici, e nominatamente dalle Instituzioni di Cajo le cose più importanti, e ne formarono un compendio (*a*). Se ne fece la pubblicazione ai 21 di novembre del 533 sotto il nome d'*Istituzioni*; ed ai 30 di dicembre dell'anno stesso insieme alle Pandette ottennero forza di Legge. Verosimilmente ancor prima che le Istituzioni fossero state approvate, furono esse esposte in greco da Teofilo in forma di prelezioni, e da queste nacque il di lui commento noto sotto il nome di *Parafrasi*, lodato a cielo da Eineccio e da diversi altri Scrittori, e tenuto invece da molti altri in pochissimo conto (*b*). Le Istituzioni sono divise in quattro libri, questi in titoli (*c*) e i titoli in paragrafi, preceduti comunemente da un proemio. Anche le Istituzioni non si citavano originariamente che adducendo la epigrafe del titolo e le iniziali dei paragrafi, p. e.:

§ *illud quaesitum, Instit. De rerum divisione.*

In appresso si citò in questo modo:

§ 13 *Inst. De rer. div.*

Al presente:

§ 13 *Inst.* II, 1; oppure:

§ 13 *Inst.* II, 1 *De rer. div.*

Volendo citare il proemio di un titolo si pone un pr. in luogo di un §.

§ 27. *Codex repetitae praelectionis.*

Cangiate per le cinquanta Decisioni molte massime giuridiche, si rendeva necessaria una radicale emendazione del vecchio Codice, di cui Giustiniano fece perciò fare una nuova edizione, che seguì ai 16 di novembre del 534. Il Codice consta di dodici libri, i libri di titoli, i titoli di Costituzioni, e queste talvolta di paragrafi. In fronte alle singole Costituzioni, dette altrimenti anche Leggi, si leggono i nomi degl'Imperatori da cui derivarono, ed alla fine la data della loro promulgazione. Vuolsi notare che non tutte le Costituzioni del vecchio Codice furono inserite nel nuovo, come si raccoglie da più paragrafi delle Istituzioni (p. e. § 27 *Inst.* I, 20. — § 20 *Inst.* IV, 6) i quali ci rimandano a Costituzioni che si cercano invano nel Codice. Quest'opera è modellata quasi come le Pandette sull'Editto, ad eccezione di ciò che si riferisce al Gius canonico e al pubblico. Si cita come le Pandette, p. e.:

c. 24 C. I, 2; oppure

c. 24 C. *De sacros. Eccles.* (I, 2).

§ 28. *Le Novelle.*

Avendo Giustiniano dopo la compilazione di queste opere regnato ancora molti anni ebbe abbastanza occasione di mutare ciò che mancava

(*a*) *Inst. proem.* § 6.

(*b*) La migliore traduzione latina è quella di Guglielmo Ottone Reiz, Hagae 1751.

(*c*) Le Instituzioni non hanno veramente che 98 titoli, ma la più parte delle edizioni ne tengono 99 per ciò che dopo il § 9 del titolo 6 del libro terzo, dove in origine v'era un albero genealogico, che ora per l'ordinario vi manca, sotto l'intestazione *De servili cognatione* incomincia un nuovo titolo, che fa parte del 6 titolo, secondo ciò che si trova in Teofilo e nei migliori manoscritti.

con nuove Costituzioni. Queste furono dette Novelle, ed uscirono per lo più in greco, giacchè l'uso del latino si andava nell'Impero d'Oriente ogni giorno più diminuendo. Se Giustiniano stesso abbia disposte o no tali Costituzioni in un dato ordine, non è certo; solo si sa ch'egli non promulgò alcuna raccolta delle Novelle (a). I Glossatori le distribuirono in nove Collezioni, di cui ognuna fu suddivisa in titoli; ogni titolo contiene una Novella, ad eccezione della ottava, che forma due titoli. Presentemente si citano le Novelle, non avuto riguardo a Collezioni ed a titoli, come segue:

Nov. 115, c. 3 § 5.

oppure, constando pressochè ogni Novella di un proemio, di più capi, e di un epilogo:

Nov. 115, pr.

Poco dopo la morte di Giustiniano fece Giuliano Giureconsulto di Costantinopoli un Compendio di 125 Novelle, il quale in Occidente, sotto il titolo di *Epitome Novellarum*, salì in grande reputazione. Parimenti, poco dopo che Giustiniano era morto tradusse un anonimo in latino 134 Novelle; la qual traduzione, ad onta del suo barbaro stile, forma parte del nostro *Corpus Jur. civ.*; e a differenza del Compendio di Giuliano fu detta *Corpus authenticarum*, ed è conosciuta sotto il nome eziandio di *versio vulgata* (b). Nel medio evo finalmente fu pubblicata una Raccolta di 168 Novelle in lingua originaria, uscita o almeno accresciuta dopo Giustiniano, contenente più Costituzioni di Giustino II e di Tiberio II unitamente a parecchi Editti del *Prefetto del Pretorio;* e questa Raccolta rispetto al numero serve di base alle nostre Edizioni non glossate del *Corpus Juris civ.* (c).

(a) Noi possediamo 168 Novelle: di Giustiniano propriamente sono sole 159, anzi 157, se si ammette, come opinano molti, che sieno di Giustino II non solo le Nov. 140 e 144, ma ben anco le Nov. 148 e 149. Sono poi di Tiberio II le Nov. 165, 166, 167, 168, e sono Editti degli Eparchi *(Praefecti praetorio)* le Nov. 165, 166, 167, 168. È inoltre da osservarsi, che le Nov. 32 e 34, 75, e 104 e infine 143 e 150 sono quasi dello stesso tenore. Vedi C. G. e A. Kriegel, Nov. 87 *In integrum restituta Codice Veneto, Florentino atque Vindobonensi*, Lips. 1832.

SEZIONE II.

Vicende del Gius Romano dopo Giustiniano.

§ 29. — I. *In Oriente.*

Le raccolte di Giustiniano essendo tutte in latino, e non essendo questa lingua in uso nell'impero di Oriente, furono più volte tradotte or più, or meno diffusamente, ma ben di rado

(b) Migliori sono le versioni di Gregorio Aloandro del 1531 e di Giov. Fed. Hombergk del 1717. Il significato delle Autentiche addotto in questo § non è più in uso, ma invece se ne devono notare due altri. I Giureconsulti di Bologna fecero degli estratti delle diverse Costituzioni degl'imperatori Federico I e II, e li aggiunsero a quelle Costituzioni del Cod. nuovo, colle quali avevano rapporto. Questi estratti sono noti sotto il nome di *Autentiche Federiciane*, e nel *Corpus juris* si dicono *Nova constitutio Friderici*, di cui però noi, che trattiamo solo di Diritto romano puro, non ci occuperemo. Più importanti sono per noi gli estratti che si fecero della *Versio vulgata* delle Novelle, e s'inserirono nelle Istituzioni e nei primi nove libri del Codice a quei passi che vennero colle Novelle cangiati *(Autentiche, Autentiche giustinianee)*. Le Autentiche del Codice furono sempre note, ma non così le Autentiche delle Istituzioni, che caddero in progresso in dimenticanza, e la cui memoria rinfrescarono solo da poco tempo i nostri più insigni Giureconsulti Hugo e Savigny. V. Hugo *Maz. Civ.* T. 3, n. 14. — Biener *Histor. Auth. Codici et Institutionibus insertarum*, Lips. 1807. È facile di distinguere le Autentiche del Codice per la loro intestazione, e per le lettere corsive, con cui sono stampate. In addietro si citavano così:

c. 22 auth. *Si qua mulier C. ad senatusc. Vellej.* Oggi invece:

c. 22. auth. *Si qua mulier. C. IV*, 29 *ad senatuscons. Vellej.*

(c) Zimmern. *Stor. del D. R.* I, p. 180.

parola per parola, come soltanto Giustiniano permesso aveva. Egli aveva pure proibito di far comenti alle sue leggi; ma nondimeno ne uscirono molti, che resero più incerta la Giurisprudenza, e necessaria una nuova revisione delle leggi; al quale oggetto l'imperator Basilio Macedone fece fare nell'anno 876 un breve compendio del G. Greco-Romano. Ordinò inoltre un nuovo *Corpo di Leggi*, che fu condotto a termine specialmente per opera di Sabatio Protospatario sotto suo figlio Leone il filosofo nell'887, ed ebbe il nome di *Libri Basilici*, e fu dopo 60 anni circa da Costantino Porfirogenito novellamente pubblicato. Questo *Corpo di leggi* fu compilato sulle versioni greche delle Istituzioni, delle Pandette, del Codice, delle Novelle e delle Costituzioni degl'Imperatori susseguenti; per il che giova non poco a meglio intendere i passi oscuri ed alterati del Diritto Giustinianeo (*a*). Finalmente, esistono dello stesso Leone 113 Novelle greche, colle quali cercò migliorare alcune regole legali di Giustiniano; Agileo le recò nel 1560 in latino, e da quell'epoca furono sempre inserite, sebbene fuor di proposito, nel *Corpus Jur. romani*.

§ 30. — II. *In Occidente.*

Le Collezioni delle Leggi di Giustiniano non erano da prima destinate che per l'Oriente; ma poichè i suoi Capitani debellarono i Goti in Italia, e questo reame al suo scettro assoggettarono, vi furono esse introdotte tanto nei Giudizii che nelle scuole. Da quel tempo in poi il Gius Giustinianeo non perdette del tutto la sua autorità nemmeno sotto la signoria dei Longobardi (*a*) e dei Franchi ma non si cominciò a ripigliarne lo studio, con nuovo ardore, se non nel secolo XII, in cui Pepo, e Irnerio con ancora più felice successo di lui, apersero scuola di Giurisprudenza in Bologna. Irnerio insegnava facendo delle brevi annotazioni al testo delle Leggi. Queste annotazioni scritte in calce del testo stesso si chiamarono *Glosse*, e da qui Irnerio e quanti seguirono il suo modo d'insegnare si ebbero il nome di *Glossatori*. Da quel tempo trassero a Bologna giovani da tutte le parti di Europa; i quali, ritornati quindi alle loro patrie, diffusero da per tutto il Gius romano. Fra i discepoli di Irnerio primeggiano Bulgaro e Martin Gosia. Questi fondarono due nuove scuole, le quali furono poi di nuovo riunite da Accursio Fiorentino, uomo di grande acume. Da questo incomincia la seconda Epoca: egli dovette la sua rinomanza particolarmente alla compilazione da lui fatta delle Glosse dei Giureconsulti anteriori, compilazione ch'egli arricchì di alcune annotazioni sue proprie, e che fu detta *Glossa ordinaria*, ed ottenne pressochè uguale autorità che il testo stes-

(*a*) D. Carol. Guil Heimbach *De Basilicorum origine, fontibus, scholiis, atque nova editione adornanda*, Lips. 18:5. Dello stesso: *Basilicorum cum jure Justinianeo collatorum Specimen I*, Jenae 1828. Del medesimo: *Basilicorum lib. LX. Post Annibalis Fabroti curas ope Cod. Miss. a G. E. Heimbachio aliisque collatorum integriora cum scholiis edidit, editas denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit C. G. E. Heimbach*, T. I, pars 1, Lips. 1831, part. 2 e 3, 1832, sect. 2 et 3 1833, 4 et 5 1834.

(*a*) Circa l'anno 1100 scrisse un anonimo di Lombardia un *Sistema di D. R.* a cui servirono di base le Instituzioni, non senza però avere avuto riguardo anche alle Pandette, al Codice ed alle Novelle. Un tale sistema fu detto *Brachylogus* non dall'Autore, ma da un editore posteriore. Vedi Weis *De aetate Brachylogi*, Marb. 1808 La edizione più recente è *Corpus legum, sive Brachylogus juris civ. ad fidem quatuor codicum scriptorum et principum editionum emendavit, ineditam incertis scriptoris epitomen jur. civil. edidit Ed. Boccking*, Berol. 1829. Confronta inoltre il *Museo Romano* IV, 1, p. 142.

so della Legge. In seguito però venne la medesima accresciuta in parte di passi tolti da opere di Giureconsulti posteriori. Autore della terza Epoca fu nel XII secolo Bartolo di Sassoferato; da cui derivò quel profluvio di comenti che si scrissero sul Gius civile. La quarta Epoca incomincia da Cujacio (*b*) nel secolo XIV. Questi non passa a torto pel primo Giureconsulto, avendo egli insieme ai suoi seguaci coll'ajuto della critica, della storia e delle belle lettere procacciato alla Giurisprudenza un'amenità particolare. In questo modo avvenne che il Gius Giustinianeo per opera di uomini distinti si propagò dall'Italia nelle altre contrade di Europa, e nominatamente nella Germania e nell'Austria, e che l'osservanza dello stesso, non già per pubblica autorità, ma per consuetudine e tacita accettazione, si diffuse dalle scuole nei Giudizii, favorito in ciò tanto dall'intrinseca sua bontà, che dal difetto di proprie leggi per parte di quelle nazioni, finchè l'Imperatore Massimiliano I con Decreto della Camera dell'Impero attribuì espressamente al Gius romano forza di legge.

§ 31. (*)

§ 32. *Quali collezioni abbiano forza di legge.*

Essendo stato adottato il Gius romano in Germania ed in Austria per tacito consentimento, ed essendo stati muniti di glosse quei passi di esso che pel loro uso apparvero rilevanti, nacque da ciò il seguente principio: *Quidquid non agnoscit glossa non agnoscit curia, non agnoscit forum.* Quindi è che presso noi non hanno vigore di Legge nè il Gius antigiustinianeo, nè tutte le Leggi fatte da Giustiniano, ma solo le seguenti: 1. le Istituzioni; 2. le Pandette; 3. il Codice nuovo, da quei passi in fuori che, andati perduti, furono dagli Eruditi dietro principii di verosimiglianza ristabiliti (*leges restitutae*): di tali passi se ne incontrano nel Codice un numero molto maggiore che nelle Pandette, e si riconoscono agevolmente dal non aver essi alcun titolo, o un titolo mutilato, o dall'esservi osservato che il testo fu ristabilito dai moderni Giureconsulti (*a*); 4. Le Novelle chiosate, cioè 97 sopra 168 (*b*), come pure le Autentiche inserite nel Codice, se concordano colle Novelle da cui furono derivate. Ma divisi sono i pareri se si debba attenersi al testo greco o latino nel caso che la versione delle Novelle detta *vulgata* non vada d'accordo coll'originale greco, anteponen-

(*b*) Per potersi più facilmente servire delle opere diffuse senza ordine sistematico da Cujacio giova il *Promtuarium universorum operum Cujacii* di Domenico Albanese, Napoli 1760, e Modena 1795. Confronta in proposito Thibaut nell'*Archivio per la Prat. civ.* XIII, 2, p. 193.

(*) L'autore tratta in questo paragrafo della Storia del D. R. in Polonia. Un tale racconto può bensì avere interesse pegli studenti dell'Università in cui egli insegna, e che appartiene all'antico regno di Polonia; ma non per noi, e ciò tanto meno, che in Polonia il D. R. non ha mai fiorito per quello che lo stesso Autore racconta. Egli è perciò che si ommette qui una tale narrazione.

(Nota del Traduttore)

(*a*) Nelle Pandette si leggono solo le seguenti *Leges restitutae:* fr. 7 § 4 in fin. et § 5; fr. 8 - 11 D. XLVIII, 20 *De bonis damnat.* — fr. 10 - 19 D. XLVIII, 22 *De interdictis et relegat.* Nel Codice invece ve ne sono in gran numero: Cr. Fr. Glück le registrò nel suo *Manuale per lo studio sistematico del D. R. priv. novissimo* P. I, Erlangen 1812, p. 271 - 273. L'opera più recente in proposito è quella intitolata *Leges restitutae* del Codice Giustinianeo registrate ed esaminate da C. Witte, Breslavia 1830.

(*b*) Cioè le Nov. 1-10, 12, 14-20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46-49, 51-58, 60, 61, 66, 67, 69-74, 76-86, 88-100, 105-120, 123-125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 159. Confr. Cramer, *Aggiunte alla Storia delle Nov. nel Mag. civ. di Hugo,* III, n. 2 e 7, e Ph. Weis. *Progr. de Historia Nov. lit*, Marburgi 1800. Quest'ultimo fu il primo a dimostrare che anche la Nov. 38 appartiene alle glossate.

do molti il testo latino a motivo che questo, e non il greco, venne accettato. A noi sembra però doversi preferire la opinione contraria, e ciò perchè, come dice Emilio Lodovico Hombergk: *Vulgata non est recepta qua talis, et quatenus est corrupta quaedam versio, sed quatenus partem Juris romani continet.*

Ritenute queste restrizioni, il Gius romano ha forza obbligatoria in tutta la sua estensione (*in complexu*); tuttavia soltanto sussidiariamente, vale a dire, in quanto non esistano leggi e consuetudini patrie. Ma negli Stati ereditarii tedeschi della Monarchia Austriaca, già dal primo gennajo 1812 venne il Gius comune dal Codice civile universale del primo giugno 1811 posto fuori di attività (*c*).

§ 33. *Regole per conciliare i passi contradditorii del Corpo delle Leggi.*

Essendo una Collezione in aperta contraddizione con un'altra, vale innanzi a tutte la regola, che *la Legge posteriore deroga all'anteriore*. Quindi si anteporranno:

1. Le *Novelle*, come le più recenti, non solo al Codice, alle Pandette ed alle Istituzioni, ma le posteriori fra loro stesse alle anteriori, non essendo le Novelle state mai promulgate siccome un tutto unito;

2. Il *Codice rep. prael.* precede alle Istituzioni ed alle Pandette (*a*).

3. Più difficile è la decisione, se vi è contraddizione fra le Istituzioni e le Pandette.

Credono alcuni (*b*) che alle Pandette, siccome a fonte delle Istituzioni, si debba dare la preferenza; ma erroneo è il fondamento di un tale parere, poichè si ha dal pr. *Inst.* § 6 che le Istituzioni furono derivate non dalle Pandette, ma dai Comenti degli antichi Giureconsulti, e nominatamente da quelli di Cajo. Secondo altri, spetterebbe la preminenza alle Istituzioni, siccome le più recenti; ma più recente è in senso proprio quella Legge che viene posteriormente attivata, ed egli è noto che tanto le istituzioni che le Pandette si promulgarono nel medesimo giorno. In generale non si può quindi dare la preferenza nè alle une nè alle altre, nè altro resta pei singoli casi che attenersi a quella disposizione per cui milita una maggiore analogia di Diritto, sia poi essa contenuta nelle Istituzioni, o nelle Pandette. Giova non pertanto aver dinanzi agli occhi le seguenti due regole:

a. Le Pandette vengono posposte alle Istituzioni, s'egli è chiaro che Giustiniano volle mutare una disposizione anteriore; così p.e. il § 34 *Instit.* II. 1 *De rer. div.* si deve anteporre al fr. 23 § 3 D. VI, 1 *De rei vind.*

b. Avvenendo che un frammento delle Istituzioni ed un altro delle Pandette, siano manifestamente un estratto dello stesso passo di un antico Giureconsulto, e che sieno fra loro in contraddizione, per ciò che l'uno fu ricopiato più esattamente che l'altro, si anteporrà quella delle due Collezioni che contiene l'estratto più esatto (*c*). Quindi si preferirà p. e. il fr. 7 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*, al § 25 *Instit.* II, 1 *De rer. div.*

(*c*) In Gallizia però il cod. civ. univ. (che servì poi di base a quello dell'anno 1811) fu pubblicato fino dal 18 novembre 1797, e incominciò ad essere operativo col primo gennajo 1798; anzi il Diritto comune sulle Persone fu abrogato già nel 1786 colla prima parte del Codice Giuseppino.

(*a*) Vedi tuttavia Thibaut *Dissert. civ.*, Heidelberg 1814, p. 82 e seguenti.

(*b*) Günther T. I, § 67. Mackeldey § 96 nelle opere sopra citate.

(*c*) Konopack, *Inst. di D. R.*, Halla 1807 § 59, 2.

4. In caso finalmente di contraddizione fra i passi della stessa Collezione, cioè delle Istituzioni, delle Pandette o del Codice, si deve aver riguardo al parere talvolta dai Compilatori stessi espressamente esternato, sanzionata essendo la loro Collezione da Giustiniano. Che se la contraddizione deriva da ciò, che in alcun luogo si parla del Gius antico solo in via storica, mentre in un altro si espone il Gius nuovo, allora non v'ha dubbio che deve prevalere quest'ultimo. Non verificandosi nemmen questo caso, non si può statuire alcuna regola generale, ma si dovrà togliere la discordanza colla scorta dell'analogia legale, dei passi paralelli, e dello spirito dell'intera Legislazione giustinianea.

§ 34. *Della necessità e dell'utilità del Gius romano.*

Soltanto in quegli Stati che, come il nostro, godono il benefizio di un Codice patrio, può dubitarsi della necessità del Gius romano. Ma presso noi pure si danno ancora dei processi che, poichè le leggi non han forza retroattiva (§ 5, e Patente di pubblicazione del Codice austr.) vogliono esser decise secondo il Diritto comune. Ora, chi può fissare con sicurezza l'epoca in cui tali casi più non si rinnovelleranno? Se in uno Stato dove regna ancora il Gius romano, un suddito austriaco intraprende degli atti ed affari, i quali abbiano a produrre delle conseguenze legali nelle nostre provincie, egli rimane soggetto alle Leggi austriache solo in quanto ne viene limitata la personale sua facoltà d'intraprenderli: nel resto deve egli, in regola, assoggettarsi alle Leggi di quello Stato, cioè alle romane (*a*). Se all'opposto un suddito di uno Stato estero, dove vige il Gius romano, conchiude presso noi degli atti legali, si deve generalmente giudicare la personale sua capacità secondo le Leggi del luogo alle quali lo straniero per ragione di domicilio, o se non ha domicilio stabile, per ragione di nascita è sottoposto come suddito, semprecchè la Legge non determini altrimenti in casi particolari (*b*).

Necessaria è inoltre pel Gius feudale e canonico la conoscenza del Gius romano. Poichè, quanto al feudale, presuppone l'anonimo suo Compilatore nei suoi lettori la notizia delle Leggi romane, e, dove queste colle feudali collimano, è stringato assai, nè è diffuso e minuto se non dove ha luogo qualche discrepanza. E per ciò che concerne il Gius canonico, hanno i Papi non di rado nelle loro Decretali le romane Leggi dilucidato, modificato, o addattatele ai bisogni della Chiesa, ond'è chiaro che il Gius romano agevola assai la intelligenza del Gius ecclesiastico.

Ma di ben maggior costrutto tornerà lo studio del Gius romano a coloro che non le sole parole ma sì la latitudine ed efficacia delle Leggi aman conoscere, e non contenti di una tintura superficiale in fatto di Diritto, si dilettano piuttosto d'investigazioni profonde e filosofiche (*c*). Il Diritto romano infatti non è l'opera di un solo getto, nè uscì sotto gli auspicj di un solo Legislatore, ma nel corso di più secoli secondo che i giornalieri bisogni

(*a*) Vedi § 4 *del Cod. civ. Austr.*, e il *Commentario* di Francesco nob. de Zeiller, Vienna e Trieste 1811, p. 42-45. — G. Winiwarter: *Il Diritto civ. Austr. esposto sistematicamente*, T. I, Vienna 1831, § 27.

(*b*) § 34 del Codice.

(*c*) G. C. F. Meister *Invito al pubblico, umile preghiera ai Grandi della terra di nazione alemanna relativamente allo Studio del D. R.*, Züllichan 1813. — Amad. Heufeland *Del vero spirito del D. R. Dissert.* Giessen 1815. — L. A. Warnkoenig *Oratio de studii juris rom. utilitate atque necessitate*, Leodii 1819.

del popolo lo richiedevano; bisogni che oggidì sono gli stessi di allora: insigni Giureconsulti di molte età lo perfezionarono interpretandolo accuratamente ed applicandolo agli usi pratici; talchè non v'ha dubbio che chiunque sia versato nella conoscenza di esso può esporre qualsiasi Codice, ed applicare qualunque nuova Legge che sia per uscire. Scaturiscono le massime del Gius romano in gran parte dalla pura ragione, sono eterne ed immutabili; e ciò che parve dubbioso, fu da preclarissimi Giureconsulti romani, da un Sabino, da un Cajo, da un Ulpiano e da simili, per mezzo di regole, deciso con somma penetrazione (*d*). Quindi la eccellenza del Gius romano, quindi la sua interminabile rinomanza; e per raccogliere tutto in uno, su quali altre basi se non sovra le romane Leggi poggia l'edifizio del Gius nostro patrio? Le nozioni del Gius romano, trasfuse in tutti i nuovi Codici, sono dappertutto l'anima e la vita della Giurisprudenza. È vero che molte cose sono state nel nostro Codice desunte dalle consuetudini delle provincie austriache, e dalle ordinanze sovrane; ma la maggior parte vi porta l'improuto romano, e certo romani sono i principii in esso dominanti; cosicchè per conoscere a fondo la natura e il nesso delle sue parti e per comprenderne lo spirito, convien risalire al Gius romano, inesauribile fonte di ogni civile Legislazione.

(*d*) Leibnizio nelle sue opere, ediz. di Duten T. *IV*, part. 3, p. 267: « *Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum rom. jurecons. scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis.... Nec uspiam juris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus, sive ex majorum traditis, sive ob leges novas, ipsae consequentiae, ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus additae, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo creditur.* » E Jourdan, il più grande ammiratore del D. R. fra i moderni Scrittori francesi, soggiunge nella *Temi* V, pag. 417: *Bacon, Leibnitz, Bossuet etaient versés dans la connaissance des jurisconsultes romains, qu'ils ont présèntés à l admiration universelle comme des modéles du juste et du vrai. Les juresconsultes modernes ne devraient-ils pas étudier Gajus et Papinien de même, que les peintres et les statuaries Raphael et Michel-Ange?* »

SEZIONE III.

Notizie letterarie.

§ 35. *Del corpo delle Leggi, delle singole parti di esso, e delle diverse sue edizioni, in genere* (*a*).

Di ogni singola parte della Collezione Giustinianea si fecero sempre da prima edizioni separate, le quali parti prese insieme già da gran tempo si dicevano *Corpus Juris civilis*; senza che portassero però questo titolo sul frontispizio di tutta la Collezione, finchè Dionisio Gottofredo ve lo pose nella seconda edizione del suo *Corpus Juris civilis glossato,* il quale esempio fu poi ognora seguito. Nella esposizione delle singole parti di questo corpo noi ci atterremo all'ordine osservato in tutte le nuove edizioni.

§ 36. *Le Istituzioni.*

Delle Istituzioni si danno molti mai noscritti, ma nissuno è rinomato: vuolsche quello di Parigi del X secolo sia il più vecchio. Le più accreditate edizioni sono:

1. quella di Gregorio Aloandro, Norimberga 1529, in 8.vo:

2. di Giacomo Cujacio, Parigi 1585, in 12.mo; la quale rimase lungo tempo sconosciuta, e forma la base di

(*a*) Vedi segnatamente E. Spangenberg, *Introduzione al Corpo del Diritto romano Giustinianeo*, ossia *Corpus juris civ. rom.* in cui si tratta dei suoi fonti, della sua origine, piano, e dilatazione ec., Annover 1817.

quella data alla luce da G. Bern. Köhler in Gottinga, nel 1772, ed accresciuta di note critiche:

3. di F. A. Biener, Berlino 1812.

L'edizioni più recenti sono:

4. *De Justiniani Institutionum libri IV. Textu ad Codicem olim Heilsbronnensem, nunc Erlangensem, recognito edid.* Carol. Bucher, Erlang 1826;

5. *Gaji et Justiniani Inst. jur: rom. Recognoverunt, adnotationem adjecerunt, conjunctasque ediderunt* C. A. C. Klenze, et E. Böcking. Berol. 1829;

6. *Institutionum de Justiniani sacratissimi Principis libri IV una cum germanica versione, auctore* W. M. Rossberger. Berol. 1829;

7. *Justiniani imp. Institutiones edidit* E. F. Vogel, Lipsia 1833.

§ 37. *Le Pandette.*

Il più decantato manoscritto delle Pandette è quello di *Pisa*, o di *Firenze*, che si stima scritto alla fine del VI, o al principio del VII secolo; da prima fu custodito in Pisa, poi nel 1406 trasportato in Firenze, dove veniva mostrato un giorno dai monaci ai forestieri nel palazzo della Repubblica, siccome una reliquia, a capo scoperto e candele accese. I primi a darlo alle stampe furono Lelio e Francesco Torelli nel 1583. Tutte le edizioni delle Pandette si ponno ridurre secondo le differenti lezioni, a tre classi principali (*a*). Alla prima classe appartengono quelle della lezione *Fiorentina*, detta altrimenti *Taurelliana*, contenuta nell'esemplare fiorentino. Fra queste edizioni si annoverano quella di Russard, Lione 1562, in fogl.; di Giulio Pacio, Ginevra 1580 in fogl.; di Caronda, Anversa 1575, in fogl.; di Conzio, Lione 1571, 1581, in 12.mo; di Gebauer e Spangenberg, Gottinga T. 1, 1776, T. 2, 1797, in 4 to. Alla seconda classe appartengono l'edizioni fatte sulla lezione *vulgata* ossia *Bolognese*, che i Chiosatori posero insieme, colla scorta della critica, parte dal manoscritto fiorentino, parte da altri. Di questo numero sono tutte quelle uscite prima dei confronti istituiti nel 1400 dal Poliziano e dal Bolognini. Da quell'epoca in poi appartengono tutte alla terza classe, cioè a quella di una lezione mista, *Lectio mixta*, tratta promiscuamente dalla *fiorentina* e dalla *vulgata*, secondochè i critici anteposero ora l'una, ora l'altra. — Fra queste si annoverano specialmente l'edizioni di Aloandro, Norimberga 1529, e quelle di Gottofredo, ch'erano molto in uso nell'Austria.

(*a*) Thibaut *Saggi* I, n. 14.

§ 38. *Il Codice* rep. praelectionis.

Esistono anche del Codice molti manoscritti, ma nissuno è tanto vecchio e rinomato, come il testo fiorentino delle Pandette. Non servendo i manoscritti del Codice, che ad uso del foro, vennero essi sotto il dominio tedesco in Italia considerabilmente mutilati, perchè non solo furono ommessi i tre ultimi libri che risguardano il Diritto pubblico, ma si ommisero ben anche singole ordinanze contenute negli ultimi nove libri, dei quali soli si compongono le vecchie edizioni. Le principali sono quelle di Aloandro, Norimberga 1530, in fogl.; di Conzio, Parigi 1562, in fogl.; di Russard, Anversa 1565, in fogl.; di Caronda, Anversa 1575. Queste edizioni contengono tutti i dodici libri. Nell'edizione del *Corpus Juris* fatta da Gebauer e Spangenberg si registrarono, oltre le lezioni dei quattro citati Au-

tori, anche le variazioni del manoscritto di Gottinga (*a*).

§ 39. *Le Novelle.*

Fra le edizioni delle Novelle meritano speciale ricordanza:

1. La edizione *vulgata* che contiene le Novelle della *versio vulgata*, note ai Chiosatori, in numero di 119;

2. La prima edizione greca, corredata di una tradizione latina, di Gregorio Aloandro, stampata nel 1531 in Norimberga, e nel 1541 in Basilea. In questa ultima edizione vi è il testo greco di Aloandro, con piccole correzioni; ma oltre il testo latino del medesimo, vi si trova anche la *versio vulgata;*

3. Più completa è l'edizione di Conzio, il cui testo greco e latino fu tratto parte dalle edizioni anteriori, parte dall'epitome di Giuliano e da altri manoscritti: si ristampò per l'ultima volta in Lione nel 1581, e servì poi sempre di base a tutte le edizioni susseguenti di Gottofredo;

4. L'edizione più recente e completa è quella contenuta nel *Corpus juris* di Gebauer e Spangenberg, in cui si legge non solo quanto fu da Leeuwen adottato, ma ben anche la versione latina di G. Federico Hombergk del 1717 con tutte le sue aggiunte e variazioni.

§ 40. *Delle Appendici, che si trovano ordinariamente fatte al corpo delle Leggi.*

Alle Collezioni fin qui citate, che formano il così detto *Corpus juris clausum*, secondo le diverse edizioni, si fecero differenti aggiunte, alle quali, ad eccezione del *Gius feudale*, non si attribuisce però alcuna forza in Giudizio. Di questo numero sono;

1. tredici Editti di Giustiniano, portanti la maggior parte ordinazioni particolari per singole città e provincie;

2. parecchie Costituzioni degl'imperatori Giustino e Tiberio;

3. 113 Novelle dell'imperatore Leone, e altre Costituzioni di altri Imperatori;

4. il *Gius feudale* (*libri feudorum*);

5. I canoni *S. Apostolorum;*

6. Un libro sulla pace di Costanza conchiusa dall'imperatore Federico I colla lega delle città Lombarde;

7. Frammenti delle XII Tavole, dell'Editto pretorio, e delle opere dei Giureconsulti romani, nominatamente di Cajo, di Ulpiano e di Paolo.

§ 41. *Edizioni dell'intiero Corpus juris.* I. *Con Glosse.*

L'edizioni glossate si compongono comunemente di cinque libri, di cui il primo comprende, secondo la distribuzione fatta dai Glossatori, il Digesto vecchio; il secondo l'Inforziato; il terzo il Digesto nuovo (*a*); il quarto abbraccia i primi nove libri del Codice; e il quinto intitolato *Volumen legum parvum*, contiene i tre ultimi libri del Codice, le Novelle e le Istituzioni e il Gius feudale. Le principali edizioni glossate sono:

1. quella uscita nel 1549 e 1550, in 5 vol. in fogl., *apud fratres Senetonios;*

(*a*) Intorno alle vecchie edizioni, vedi Schrader, *Dissertazioni di D. civ.* T. I, p. 304.

(*a*) *Digestum vetus* indica la prima Parte delle Pandette, *novum* l'ultima: la Parte di mezzo si chiama *infortiatum*, e questa si estendeva dapprima solo fino alle parole: *Tres partes* nel fr. 82 D. XXXV, 2 e in seguito fino al libro 38 inclusive; dal che si chiamò con voce barbara *infortiatum*. Il *Digestum vetus* va fino al libro 24, tit. 2. inclusive. Veggasi *Index omnium rerum et sententiarum, quae in corpo e juris Justiniani et in glossa continentur. Quem ad exemplum Stephani Daoyz Pampilonensis, verborum ordine observato, edidit* R. Schneider, Lips. 1834.

2. di Parigi del 1576, in 5 vol., in fogl., di Antonio Conzio;

3. di Lione del 1593, in 4 vol., in quarto, di Pietro ab. Area Baudoza Cestio, biasimata da Hugo, lodata da altri;

4. di Lione del 1589 e del 1612, in 6 vol., in fogl., di Dionigi Gottofredo;

5. La più recente è quella di Lione del 1627, in 6 vol., in fogl., di Giovanni Fehius.

§ 42. — II. *Senza Glosse.*

L'edizioni senza Glosse o sono munite di note dei moderni Giureconsulti, o non contengono che il puro testo. Le migliori edizioni munite di note sono:

1. quella di Lodovico Russard stampata prima in Lione nel 1561, vol. 2, in fol., poi in Anversa nel 1566 e 1567 e finalmente nel 1569 e 1570, in ottavo.

2. di Antonio Conzio, Parigi 1562, vol. 9, in ottavo e Lione 1571, 1581, vol. 15, in dodicesimo;

3. di Lodovico Caronda, Anversa 1575, in fogl.;

4. di Giulio Paccio, Ginevra 1580, in fogl.;

5. le cinque di Dionigi Gottofredo, cioè: *a.* Lione 1583, 4 vol., in fogl.; *b.* Lione 1590, 2 vol., in fogl.; *c.* Ginevra e S. Gervasio 1602, 4 vol., in fogl.; *d.* Lione 1607, 2 vol., in fogl.; *e.* la più completa e la migliore è quella uscita in Ginevra nel 1624, in fogl. per cura di suo figlio Jacopo, e che venne spesso ristampata: merita però speciale riguardo quella di Simone van Leeuwen, Amsterdam 1663, in fogl. (*a*). Questi ritenne bensì per base l'ultima edizione di Gottofredo, ma vi aggiunse oltre le note di quell'editore anche quelle di molti altri Giureconsulti. Tale edizione fu ristampata nel 1705, 1720 e 1740, in quarto; è stimata specialmente quella del 1740 (*b*).

6. Quella di G. Cr. Gebauer, proseguita dopo la sua morte da G. Aug. Spangenberg. La prima parte uscì in Gottinga nel 1770, e la seconda nel 1799, in quarto (*c*).

Fra l'edizioni senza glosse meritano di essere menzionate:

1. quelle di Elzevir, Amsterdam 1664, 1681, 1687 e finalmente 1700, in ottavo la qual'ultima è la migliore;

2. il *Corpus juris academicum* di Freiesleben, uscito in Altenburg nel 1721, in ottavo e poi in Basilea nel 1734, in quarto.

3. di G. Lod. Gugl. Beck uscirono a Lipsia nel 1825 e 1826 le *Istituzioni* e le *Pandette* in 2 tom., in un terzo, nel 1831, il Codice. Del resto tanto Beck che F. A. Schilling promisero dell'edizioni stereotipe del *Corpus juris civilis*, quegli in uno, questi in 2 volumi: il primo diede già fuori la sezione seconda. Un'edizione stereotipa in un volume cominciarono a stampare anche i fratelli C. G. Alberto e C. Maurizio Kriegel, di cui escì nel 1833 il fascicolo 6. Finalmente per cura di un'unione di Giu-

(*a*) Di minore entità è la ristampa fatto a Francofort sul Meno nel 1663. Vedi Mackeldey *Lezioni dell'odierno D. R.* 1827 § 105, nota c.

(*b*) Quanto all'edizioni di Gottofredo, il loro testo non è sempre il migliore, e le note contengono molte inutili ripetizioni ed errori. Ciò non ostante sono le medesime molto utili pei passi paralelli che vi si citano e per gli estratti che vi si trovano delle opere dei migliori Giureconsulti. Come s'è detto di sopra, esse erano molto in uso nell'Austria. Vi sono edizioni di Gottofredo anche senza note p. e. quella di Amsterdam del 1664, in ottavo.

(*c*) Una migliore edizione con note ci venne promessa col *Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio edendi*, Berol. 1823. Il T. I contenente le Instit. uscì a Berlino nell' anno 1832: in luogo di Clossio subentrò C. G. E. Maier qual collaboratore.

reconsulti venne alla luce, nel 1830-1834, in Lipsia, la prima versione tedesca del *Corpus juris civ.* in 7 tom.

Oltre le citate edizioni del *Corpus juris* ve ne sono anche delle così dette *reconcinnatae,* in cui le Leggi e i Frammenti non si trovano nell'ordine osservato da Giustiniano, ma distribuiti secondo le materie, non avuto riguardo al sito che occupano nel testo. Tali sono:

1. Eusebii Begeri *Corpus juris civilis reconcinnatum, in tres partes distributum, cum praef.* L. B. de Senckenberg Francfort et Lipsiae 1767 e 1768, vol. 3.

2. *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant, auctore* R. J. P. Pothier, Paris, et Carnuti 1748-1752, 3 vol. in fogl., Lugd. 1782, in fogl.

Vi sono altresì delle Crestomazie, ossia Scelte dei passi principali del testo per prelezioni di Esegesi e di Ermeneutica, come Domat *Delectus Legum Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori,* Paris. 1700, in 4.to, Amstelod. 1703, in 4.to; Seidenstickeri *Corpus juris civ. in Chestomathiam contractum,* Gottingae 1798, in 8.vo; Hugo *Saggio di una Crestomazia dei passi importanti pel Gius romano moderno,* edizione 3.za, Berlino 1820; *Storia, Antichità ed Instituzioni del Gius romano in abbozzo* di Lod. Pernice, edizione 2.da accresciuta di una *Crestomazia di passi giustificativi,* Halla 1824; Furstenthal *Corpus juris academicum, systematice redactum,* ovvero *Crestomazia di tutti i passi giustificativi, citati nelle lezioni del Diritto Civile* di Wening-Ingenheim, con una prefazione di quest'ultimo, 2 tom., Berlino 1828 e 1829; Furstenthal *Corpus juris civ. can. et germ. reconcinnatum,* ossia *Crestomazia di tutti i passi classici citati nel sistema delle Pandette* di Thibaut, in 2 tomi, Berlino 1828.

§ 43. *Esposizione sistematica del Gius romano.*

I. *Secondo il metodo legale* (*a*).

Nei primi tempi i Giuresperiti nell'esporre il Gius romano s'attennero per lo più al *metodo legale,* cioè a quello osservato nei fonti stessi, e singolarmente nelle Istituzioni e nelle Pandette; oggidì si preferisce dalla maggior parte il metodo sistematico, non avuto riguardo all'ordine, con cui sono le materie nel *Corpus juris* distribuite. Fra le opere in cui si segue il metodo legale, e propriamente quello delle Istituzioni, sono da notare:

1. Alexandri Chassanaei *Paratitla Institutionum, adcurante Abr. Wielingio,* Traject ad Rhen. 1740, in 8.vo;

2. J. Ort. Westenbergii *Principia juris secundum ord. Inst. in opp. a Jungio edit.,* 1 tom Hannov. et Lüneburgi 1746;

3. G. Chr. Gebaueri *Ordo Instit. cum prolegomenis et excursibus.* Gotting. 1752, in 8.vo;

4. Abr. Wielingii *Repetitio Instit. jur. civ. recus. cura Chr. Gotti Richteri,* Lips. 1781;

5. J. Fr. Junghans *Initia jur. civ. sec. ord. Instit.,* Lips. 1786.

6. Occupano qui un posto principale, specialmente per l'uso che altre volte se ne faceva in Austria: Joh. Gottl. Heineccii *Elementa jur. civ. secundum ord. Inst.,* Amstel. 1725, in 8.vo, ristampati più volte e con spe-

(*a*) Intorno ai commenti sopra singole parti di D. R. vedi Güntheri *Principia jur. rom. priv. noviss.,* Jenae 1805. § 75; de Wening-Ingenheim *Lezioni del D. civ. comune* § 1219; G. Kaufmann *Elementi di D. R. priv.,* Vienna e Trieste 1814, § 4-8

ciale lusso in 8.vo, Leida 1751, ed accresciuti da Cr. Amad. Biener di annotazioni nell'ediz. di Lipsia del 1789, in 8.vo. Migliorata venne quest'opera *a.* da Lod. Giul. Fed. Hopfner nell'ediz. di Gottinga del 1778, 1787 e 1806. Abbiamo di lui un *Commento teoretico-pratico delle Instit.* di Eineccio, Francoforte sul Meno 1783, in 4.to. La penultima edizione del 1803, e l'ultima ossia 8.va del 1818 uscirono per cura di Ad. Diet. Weber, arricchite da lui di proprie annotazioni. Da quell'epoca in poi si stampò l'8.va ediz. due volte senza variazione di sorta. Veggasi pure Hübner: *Correzioni ed aggiunte alle Instituzioni del Gius romano in appendice al Commento di Höpfner,* Lipsia 1801; *b.* da Gio. Cr. Woltär, Halla 1785, in 8.vo; *c.* da G. Pietro Waldeck, Gottinga 1788, 1794, 1800. Veggasi altresì Zeiller *Praelect. academ. in Heinecii elementa jur. civ.* Vienna 1781. — *Elementi del Diritto civile secondo l'ordine delle Instituzioni di Eineccio,* Vienna 1796, tom. 2; *Esposizione delle Instituzioni romane secondo Eineccio e lo spirito delle lezioni pubbliche all'università di Vienna,* Vienna 1796;

7. Theod. Mass. Zacheria *Instituzioni del Diritto romano secondo l'ordine delle Instituzioni di Giustiniano,* Breslavia 1816;

8. S. G. Lieckefett *Jus Pandectarum Secundum Ord. Inst.,* T. I, fasc. I, Lipsia 1826;

9. G. A. L. Furstenthal *Nuovo commento teoretico e pratico delle Instit. Giustinianee secondo Eineccio, Höpfner, Zacharia ed altri,* Breslavia 1829;

10 G. G. Lang: *Manuale del Diritto rom. Giust. ad uso di lezioni sulle Instituzioni,* Magonza 1830.

Secondo l'ordine delle Pandette

1. J. Meier. *Colleg. Argentoratense,* Argent. 1716, l'ultima ediz. è del 1657, 3 tom., in 4.to;

2. G A. Struvii *Syntagma jur. civ. sec. ord. Pand.* Jenae 1659: uscì col *Commento* di Pietro Müller in 3 tom. a Francoforte sul Meno nel 1738, in 4.to;

3. Cornelii van Eck *Principia jur. civ, sec. ord. Dig.,* Traj. ad Rhen. 1667, e 1724;

4. W. A. Lauterbachii *Colleg. theor. pract. Pandect.;* Tubing. 1690, l'ultima ediz. è del 1784. in 3 tom.;

5. Joann. Voetii *Comment ad Pandect.* 1 tom., Lugd., Batav. 1698, 2 tom. Hagae 1704, in fogl.: ristampato in seguito spesso p. e. in Ginevra nel 1769 in fogl. e in Halla nel 1776-1780, in 8.vo *Ejusdem Comm.,* 3 *tom. continens supplementum auctore* Joann. van der Linden, Traject. ad Rhen. 1793;

6. Ulr. Huberi *Praelect. jur. civ.* 3. tom., 1.ma ediz. Lips. 1707 in 4.to; 2. da Lips. 1725; 3.za Francf. e Lips. 1749; in 4.to: 4.ta *cum notis* Joann. de Plat., Lovan. 1766, in 4.to; 5.ta colle stesse note a Napoli 1784, in 4.to;

7. Just. Henr. Boehmeri *Introductio in jus Digestorum*, Halae 1704 et 1791; Mich. Gottofr. Wernher scrisse a quest'opera un Commento sotto il titolo *Lectissimae commentationes in Pandectas,* 2 part., Francf. et Lips. 1779, in 8.vo;

8. Jac. Friedr. Ludowici *Doctrina Pandectarum,* Halae 1709, 1739, 1769;

9. Ger. Noodtii *Comment. in libros* 27 *Dig.,* Lugd. Batav. 1716, in opp., 2 tom., Lugd. Batav. 1724;

10. J. Gottl. Heineccii *Elementa jur. civ. sec. ord. Pand.,* 2 tom., Amstel, 1728 e 1740, Traject. ad Rhen. 1772.

Veggasi G. Amadio Heinetz; *Elementi di Diritto civile secondo l'ordine delle Pandette, ad uso degli studiosi di Diritto,* Vienna 1784-1789, 7 tom.; *Spiegazione delle Pandette secondo l'Eineccio e lo spirito delle pubbliche prelezioni all'Università Viennese,* Vienna 1796;

11. J. Chr. Schaumburgi *Compendium juris Pandect.*, Jenae 1745 e 1758;

12. J. Ortwin. Westenbergii *Principia juris secundum ordinem Dig.*, Hannover et Lüneburg. 1746, in opp., 2 tom., l'ultima ediz. è di Berlino 1814.

13. Lud. Menken *Systema jur. civ. secundum ordinem Dic. cur.* Chr. Schoene, Lips. 1754;

14. J. Balth. Wernheri *Manuale Pandect.*, Vitemberg 1754;

15. J. Ludw. Conradi *Jus. civ. et Digestis imp. Just.* Lips. 1759.

16. J. Aug. Hellfeldi *Jurisprud. forensis sec. Pand. ordinem,* Jenae 1764, per cura di Gottl. Euseb. Oeltze. L'ultima ediz. è del 1806. Ci sono di quest'opera i seguenti Commenti: *a.* Giov. Bern. Cr. Eichmann: *Illustrazioni del Gius. civile secondo le lezioni sulle Pandette di Hellfelds,* Berlino e Stralsunda 1779-1799, t. 5. *b.* Cr. Fr. Glück *Esposizione dettagliata delle Pandette secondo Hellfeld,* Erlangen 1790-1834, 37 tom., dal tomo 35 in poi scrisse Muhlenbruch; *c.* Cr. En. Köchy *Commento teoretico e pratico delle Pandette secondo Hellfelds,* Lipsia 1796-1804, 3 tom., in 4.to;

17. Jul. Friedr. Malblanc *Principia jur. sec. ord. Dig.*, Tubingae 1800-1802, 3 tom.

§ 44. *Esposizioni sistematiche di Gius romano.*

II. *secondo un metodo libero.*

1. Hug. Donelli *Comm. jur. civ.* Francof. 1589-1596, 5 tom., l'ultima ediz. è di G. Cr. Köning, continuata dopo la sua morte da C. Bucher in Norimberga: nel 1834 uscì l'ultimo, ossia il 16.mo tomo. Veggasi pure Osw. Hiligeri *Donellus enucleatus,* 2 tom., Jenae 1610-1613, in 4.to;

2. *Les loix civiles dans leur ordre naturel par Domat,* Paris 1689, 2 tom., l'ultima edizione è del 1777 in fogl.;

3. J. Henr. Bergeri *Oeconomia juris ad hodiernum usum accomodati,* 1712, l'ottava ed ultima edizione uscì per cura di Cr. Amad. Haubold, Lipsia 1801, in 4.to;

4. Franc. Connani *Comment. jur. civ.*, Neap. 1724 2 tom., in fogl.;

5. Hermann Vulteji *Jurisprud. rom. cura J. G. Estore,* Marburgi 1748, 2 tom., in 8.vo;

6. G. Sam. Madihn *Instit. jur. civ.*, Halae 1764, in 8.vo;

7. J. Lud. Schmidt *Inst. jur. civ. in formam artis redactae,* Jenae 1771, in 8.vo;

8. Carol. Fried. Dietrich *Systema elementare jurisprudentiae civ. pr. Imp. Rom. Germ.*, Erford 1772;

9. Eberhard Habernickel *Institutiones jur. rom.*, Gotting 1776, in 8.°

10. De Tenevar *Saggio di Giurisprudenza,* Magdeburgo e Lipsia 1777;

11. Dan. Nettelbladt *Systema elementare jurispr. positivae Germanorum communis generalis,* Halae 1781;

12. Chr. Guil. Wehrr *Primae lineae jur. rom. priv. tam. ante Just., quam ab ipso conditi*, Erford 1783;

13. J. Fried. Reitemeier *Conspectus jur. rom. ad ejus naturam ordine dispositi,* Gott. 1784;

14. Carol. Chrph. Hofacker *Elementa jur. civ. Rom.*, Gott. 1784, in 8.vo; dello stesso: *Principia jur. civ. rom. germ.* Tubingae 1788-1796, 3 tom; la 2.da ediz. è del 1800-1803;

15. J. Thadd. Müller *Systema Pandectarum ad fora Germaniae adplicatum,* Manh. 1785 e 1786, 3 tom.;

16. Jos. M. Schneidt *Jurisprudentia forens. Hellfeldi systematice disposita,* Herbipoli 1786, 1791, 1803, 2 tom.;

17. Lud. Godof. Madihn *Principia jur. rom. in usum praelect. systematice disposita*. Francf. ad Viadr., 6 tom., 1786-1791;

18. Tiller *Sistema in tre Libri della Giurisprudenza civile di tutto il Diritto romano, avuto riguardo alle leggi austriache,* Grätz 1787 e 1788, 4 tom.;

19. Teod. Schmalz *Manuale del Diritto romano privato,* Königsberga 1793 e 1801, in 8.vo.

20. J. Chr. Woltaer *Commentarii jur. Just. noviss.,* 1 tom., Halae 1796, in 8.vo (opera incompleta);

21. Cr. Cr. Dabelow *Sistema dell'intero Diritto civile moderno,* 2 tom., la 2-da ediz. è di Hala 1796, e *Manuale dell'odierno Gius comune privato romano e tedesco,* 2 tom., Hala 1803;

22. Jud. Thadd. Zauner *Introductio in jus Digestorum ordine naturali disposita,* 3 part., Salisburgi 1805, 1806, 1810;

23. Giorgio Wittich *Sistema naturale dell'odierno Gius civile,* 2 tom., Francoforte 1804, 1805;

24. Cr. Aug. Günther *Principia juris rom. privati noviss.,* 2 tom., Jenae 1805, 1809; e Cr. Fr. Glück *Manuale dello studio sistematico del Gius romano privato novissimo secondo i principii del Sig. Cons. Günther,* part. 1 contenente l'*Introduzione, e la letteratura del Gius Giustinianeo,* Erlangen 1812;

25. C. Giorgio Konopak *Instituzioni del Gius romano ad uso di prelezioni,* Hala 1807;

26. C. Ferdinan. Bucher *Saggio di una esposizione sistematica del Diritto privato Giustinianeo,* Marburgo 1808, l'ultima ediz. è di Erlangen 1822;

27. Amadio Hufeland *Lezioni del Diritto civile comune e sussidiario vigente in Germania,* Giessen, 2 tom., 1808-1814;

28. J. Chr. Fried. Meister *Jus rom. priv. idque purum,* Züllich 1813, 1 tom. (opera incompleta);

29. G. Kaufmann *Principii di Diritto rom. priv.,* Vienna e Trieste 1814-1822, 4 tom.;

30. Seerpi Gratama *Praelectiones ad Prolegomena et partem I Instit. Just., commodo discipulorum suorum typis expressae,* Groning. 1818;

31. Henr. Rudolphi Brinkmann *Institutiones jur. rom., quod ad singulorum utilitatem spectat, libri V,* Gottinga 1818;

32. Friedr. de Lindelof. *Institutiones jur. rom. priv.,* Gottinga 1818;

33. Leop. Aug. Warnkoenig *Institutionum seu elementorum jur. rom. priv. lib. IV, in usum praelect. acad. vulgati, tum introductione in universam jurisprudentiam ac stud. jur. rom. et notis literariis,* Leodii et Lips. 1819, in 8.vo, la 2.da ediz. è del 1825 e la 3.za del 1834; dello stesso: *Commentarii juris rom. priv. ad exemplum optimorum compendiorum, a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum, adornati in usum acad. prael. et stud. privati,* tom. 1, Leodii 1825, tom. 2, 1829, e tom. 3, 1829;

34. Wenc. Alex. Macieiowski *Principia jur. rom.,* Varsaviae 1820;

35. Alber. Schweppe *Il Diritto romano privato accomodato al foro alemanno,* ediz. 3.za, Altona 1822, ediz. 4.ta 1828-1834. Quest'opera fu continuata da V. Mejer dopo la morte dell'aut. incominciando dal t. 3, 1831.

36. Barone Ernesto Reibnitz *Edifizio sistematico di tutto il Diritto comune vigente in Germania,* 1 tom.; *Il Diritto privato,* Berlino 1824;

37. G. Hugo *Instituzioni del Diritto romano odierno,* Berlino 1789, ediz. 7.ma 1825, intitolata *Lezioni del Diritto romano moderno;*

38. G. Adamo Seuffert *Lezioni del Diritto pratico delle Pandette,* Würzburg 1825, 3 tom.;

39. Chr. Fried. Mühlenbruch *Doctrina Pand.,* 3 vol., Halae 1823-1825, ediz. 2.da 1827, 3.za ediz. 1831;

40. G. N. de Vening-Ingenheim *Lezioni di Diritto civile comune secondo Heise,* 3 tom., ediz. 2.da, Monaco 1824, la ediz. 3.za del 1827 consta solo di 2 tom., ma la 4.ta del 1831-1832 consta di nuovo di tom. 3. Vedi in proposito le *Illustrazioni* di G. A. Fritz, 1 e 2 fasc., Friburgo 1833-1834;

41. Ant. Fried. Giust. Thibaut *Sistema delle Pandette,* Jena 1803, 3 tom. La edizione 7.ma del 1828, e l'8.va del 1834 non constano che di 2 tom.;

42. Ferd. Mackeldey *Lezioni dell'odierno Gius romano,* Giessen 1814. La ediz. 8.va usci nel 1828. la 9.na nel 1831 e la 10.ma nel 1833.

43. C. Giul. Meno Walett *Lezioni del Gius pratico delle Pandette particolarizzato* il 1 e 2 tom., Lipsia 1828, il 3.zo tom. 1829;

44. G. C. Buchardi *Storia ed Instituzioni del Gius romano,* Kiel 1834:

Fra gli abbozzi del Diritto romano meritano di essere ricordati i seguenti:

1. Jul. Thadd. Zauner *Conspectus juris Digestorum, ordine naturali dispositus.* Salisburgi 1804;

2. G. A. Lud. Seidensteker *Abbozzo di un sistema del Gius delle Pandette,* Jena 1807;

3. E. Schrader e Mackeldev *Conspectus juris Digestorum in ordinem reductorum ad Hellfeldi jurispr. for.,* Helmstadii 1810;

4. Fr. Bergmann *Schizzo di un sistema delle Pandette ed osservazioni sul modo sistematico di trattare questa materia.*

5. Alb. Schweppe *Piano di un sistema delle Pandette,* edizione 3.za, Kiel 1812;

6. Giorgio Crist. Burchardi *Piano di un sistema del Gius romano Giustinianeo,* Bonna 1819;

7. Arnoldo Heise *Schizzo di un sistema dell'odierno Gius civile ad uso di prelezioni sulle Pandette,* edizione ult. del 1823;

8. Lodovico Pernice *Storia, Antichità ed Instituzioni del Diritto romano in abbozzo, ediz. 2.da rifusa, ed accresciuta di un elenco di passi giustificativi,* Hala 1824.

9. V. L. Rossberger *Sistema del Diritto civile comune in abbozzo,* Berlino 1826;

10. Speciale ricordanza merita per ragione delle copiose notizie letterarie in essa contenute l'opera intitolata: *Institutionem jur. rom. privati historico-dogmaticarum* lineamenta, *observationibus maxime literariis distincta, in usum praelectionum denuo adumbravit, et legum XII Tabularum, nec non Edicti Praetorii atque Aedilitii sententias integras aut prope integras, quae verbotenus supersunt, denique tabulas chronologicas, quibus historia juris rom. externa illustratur, emendatius excusas adjecit Dr. Chr. Gottl. Haubold. antecess. Lips. Post mortem auctoris ex ejusdem schedis edidit atque additamentis auxit* Dr. C. Ed. Otto, profess., Lips. 1826;

11. M. S. Mayer *Abbozzo del Gius romano esposto ed illustrato colla scorta della Storia e della Archeologia legale,* Stuttgard 1831.

Di alcune Opere che trattano con distinta maestrevolezza singole materie legali (a).

Amadio Hufeland *Del vero spirito del Gius romano: una serie di Trattati,* Giessen 1815 e 1816, 2 part.

A Fr. G. Thibaut *Dissertazioni di Diritto civile,* Heidelberg. 1814.

Lo stesso *Saggi intorno le singole parti della teoria del Diritto*, ediz. 2.da, Jena 1817.

F. Dirken *Trattati di Diritto civile,* Berlino 1820, 2 tom.

Lo stesso *Saggi di una Critica ed Ermeneutica dei Fonti del Gius romano,* Lipsia 1823.

Dello stesso *Suplementi per la cognizione del Gius romano,* Lipsia 1825.

A. A. de' Buchholtz *Saggi intorno a singole parti della teoria del Diritto romano,* Berlino 1831.

Lo stesso *Trattati giuridici in materia di Diritto romano,* Königsberg. 1833.

V. Müller *Trattati di Gius civile,* 1 vol., Giessen 1833.

C. Röder *Dissertazioni intorno questioni pratiche di Diritto civile,* Giessen 1833.

V. Sell. *Saggi di diritto civile,* il 1.mo vol. Giessen 1833, il 2.do 1834.

G. Hugo *Magazzino di diritto civile,* Berlino; fino a tutto il 1832 n'era uscito il fascicolo 3.zo del 6.to tom.

Giornale di Giurisprudenza storica, dato fuori da F. C. de Savigny C. F. Eichhorn e G. F. L. Göschen, 8 tom., Berlino 1815-1833. A cominciare dal 2.do fascicolo del tomo 8.vo, invece di Göschen, è collaboratore Klenze.

Archivio per la pratica civile di G. C. Gensler, C. G. A. Mittermaier e C. W. Schweitzer. A cominciare dal 5.to tomo sono collaboratori E. de Löhr, C. A. Mittermaier, ed A. Thibaut, e dal 14.mo lo sono Linde, Löhr, Mittermaier, Mühlenbruch, Thibaut e Wächter, Heidelberg 1818-1833, 16 tom.

Museo renano di Giurisprudenza, Filologia, Storia e Filosofia greca di G. C. Hasse, A. Böckh, B. G. Niebuhr e C. Brandis, Bonna 1827, 4 fascic. Dal 1828 dato fuori solo per la *Giurisprudenza* da G. Blume, G. C. Hasse, G. F. Puchta, ed Ed. Puggé. Dal 2.° fasc. del 4.to tom. da Blume, Böcking, Hollweg, Puchta, Puggé ed Unterholzner, Gottinga fino al 1834 uscirono 6 tomi.

Giornale di Diritto e processo civile di G. T. B. Linde, T. G. L. Marezoll e G. N. de Wening-Ingenheim, Giessen 1827-1834, 7 tom. Dopo il 4.to tomo 2.do fasc. successe a Wening dopo la sua morte Schröter quale collaboratore.

Giornale giuridico universale di Elver, 1 tom., Gottinga 1828, tom. 2, 1829-1830.

Riviste di opere di Diritto romano, si trovano: 1, negli *Annali di tutta la Letteratura tedesca* di Fr. Cr. Carlo Schunck, Erlangen 1826-1833, 22 t.; 2.° nel *Giornale Critico di Giurispr.* di R. Mohl, C. Scheurlen, E. Schrader, C. G. Wächter, e C. Wächter, Tobinga 1726-1829, 6 tom.

(a) Chi desiderasse un elenco più esteso vegga de Wening-Ingenheim *Lezioni di D. civ. comune* § 21-24. — Haubold *Inst. jur. rom. lineamenta* dati fuori da Otto nel 1826. — L. B. ab Ulmenstein *Biblioth. select. jur. civ. Just.*, part. IV Berol. 1821-1823. Noi citeremo a suo luogo quelle opere che versano sopra singole materie.

LIBRO PRIMO

PARTE GENERALE.

CAPITOLO I.

Nozioni generali di Diritto.

§ 45. *Diritto e Giustizia.*

La voce Diritto (*Jus*) ha nelle leggi romane varii significati. Preso obbiettivamente, *Jus* dinota: 1.° una singola legge (*a*); 2.° il luogo dove si fa giustizia, p. e. nella formula *ambula mecum in Jus;* 3.° il complesso di più leggi della stessa natura, p. e. il Diritto romano; 4.° la stessa Giurisprudenza, come in quel passo di Celso: *Jus est ars boni et aequi* (*b*). In senso poi subbiettivo, *Diritto* indica la facoltà d'intraprendere tutti quegli atti che sono consentanei al Diritto in senso obbiettivo. Così, a modo di esempio, si chiama *Diritto* la patria potestà (c). Dalla citata definizione di Celso si raccoglie che i Romani non distinguevano così rigorosamente come noi il Diritto dalla morale. Per essi la Giustizia non era solamente una consonanza delle azioni esterne coi doveri perfetti, ossia coativi, ma sì bene la costante e perpetua volontà di dare a ciascuno il suo (*d*); laonde ridussero altresì tutta la Giurisprudenza a questi tre principj: 1.° *honeste vivere;* 2.° *neminem laedere;* 3.° *suum cuique tribuere* (*e*).

§ 46. *Diritto pubblico e privato.*

Avuto riguardo al suo oggetto, il Diritto si divide in *Pubblico* ed in *Privato:* il primo risguarda l'interesse di tutto lo Stato romano, il secondo quello dei privati. Consta l'ultimo di tre parti integranti, secondo che risulta dai principii del *Diritto naturale, o di quello delle genti,* o *del Diritto civile* (*a*). *Diritto naturale* è detto quello *quod natura omnia animalia docuit;* poichè questo Diritto è proprio dell'uomo come anche degli altri enti animati che si muovon nel-l'aria, in terra e nel mare. Da questo deriva l'unione dell'uomo colla donna, il matrimonio; da questo la procreazione della prole e la sua educazione. Il *Gius delle genti* si definisce quello che la ragione naturale fra tutti gli uomini costituisce, ed è da loro uniformemente osservato, detto appunto *Gius delle genti,* perchè tutte le genti in certo qual modo l'osservano. Il *Gius* infine *quod quisque po-*

(*a*) fr. 9 D. I, 3 « *Non ambigitur senatum jus facere posse* ».
(*b*) fr. 1 proem. D. I, 1 *De justitia et jure.* Altri significati sono esposti da Glück nel suo Commento T. I, p. 3. 11.
(*c*) pr. *Inst.* I, 8 *De his qui sui vel alieni jur. sunt.*

(*d*) fr. 10 pr. D. I, 1 *De justitia et jure.* — pr. *Inst.* eod. tit. I, 1.
(*e*) § 3 *Inst.* I, 1. — fr. 10 § 1 D. I, 1.
(*a*) § 4 *Inst.* I, 1.

pulus ipse sibi constituit, ed è proprio di un solo Stato determinato, si chiama *civile* (*Jus civile*) (*b*).

§ 47. *Diritto scritto e non scritto.*

Rispetto all'origine, si divide il Gius *In scritto* (*quod ex scripto*), e in *Non scritto* (*quod ex non scripto venit*). Ordinariamente si attribuisce a queste parole, come fondato nella legge, un doppio significato, logico cioè e grammaticale. In senso logico, *Gius* scritto sarebbe quello promulgato dal Legislatore, e *Non scritto* quello per lunga consuetudine introdotto; in senso poi grammaticale, il Gius sarebbe *Scritto* se trasmesso coll'istrumento delle lettere, *Non scritto* se tramandato per tradizione vocale (*a*). Altri è d'avviso che il solo significato grammaticale sia fondato nel testo della legge (*b*). Ma sembra, a vero dire, che i Romani in questa divisione avessero riguardo *alla forma*, per la quale un principio di Diritto otteneva forza di legge, chiamando *Gius scritto* quello che *per la semplice forma esterna*, nella quale usciva in iscritto, aveva forza obbligatoria, e *non scritto* quello che veniva altrimenti ricevuto, cioè non per autorità di chi lo aveva creato, ma tacitamente e per sè (*tacite*) (*c*). In tal maniera si può anche comprendere come Giustiniano, § 3 *Inst.* I, 2, abbia potuto annoverare come appartenenti al Gius scritto, oltre le Leggi curiate, i Plebisciti, i Senatoconsulti e le Costituzioni dei Principi, anche gli Editti dei Magistrati e i responsi de' Giureconsulti, che non furono in effetto elevati a legge che in forza della forma sotto cui comparivano (*d*).

§ 48. *Di alcuni principii generali intorno al Gius scritto.*

1. Perchè una legge scritta abbia forza obbligatoria, dev'essere stata debitamente promulgata (*a*);

2. L'efficacia della legge incomincia immediatamente dopo la sua promulgazione (*b*), a meno che il Legislatore stesso non abbia dichiarato che non debba essere operativa se non che da un termine più remoto (*vacatio legis*) (*c*);

3. La legge continua ad aver vigore, finchè non sia stata abolita (*d*);

4. Essa non influisce che sopra atti futuri (*e*), non avendo alcuna legge effetto retroattivo, salvo che il Legislatore lo abbia espressamente ordinato (*f*), o non abbia che interpretato una legge di già esistente (*g*);

5. Ogni atto contrario ad una legge proibitiva è di regola nullo (*h*), sia che venga questa trasgredita, o delu-

(*b*) pr. et § 1 *Inst.* I, 2 *De jure naturali, gentium et civili*. Che il Gius delle genti non sia propriamente ciò che oggidì si chiama Gius naturale, ma piuttosto quel Gius positivo che si osserva egualmente da tutti i popoli, e che quindi godono anche i forestieri in uno Stato, lo si può dedurre da più passi de' Classici. Vedi Gaji *Inst.* II § 40; III §§ 93, 132-134; e specialmente Dirksen nel *Museo Renano*, Bonna 1827, p. 1-50, il quale dimostra ad evidenza quali oggetti venivano dai Romani ritenuti come appartenenti in tutto o in parte al Gius delle genti.

(*a*) G. Kaufmann § 22.

(*b*) Vedi Thibaut *Sistema* ediz. VII, Jena 1828, § 10, e i suoi *Saggi*, Jena 1798, T. I, p. 129, e T. II, p. 266.

(*c*) §§ 3. 9. 10 *Instit.* I, 2 *De jure nat.* — fr. 32, 33, 35 D. I, 3 *De legibus*. — Zimmern *Storia del Diritto rom. privato* T. I, § 14.

(*d*) I responsi dei Giureconsulti si devono qui intendere nel senso in cui convien prenderli dopo Augusto (§ 15). Ciò risulta dal fr. 2 § 5 D. I, 2 *De origine jur*

(*a*) c. 9 C. I, 14 *De legibus*.

(*b*) c. 65 C. X, 31 *De decur.* — Non osta la Nov. 66, c. 1.

(*c*) p. e. Nov. 58, Nov. 116, c. 1.

(*d*) fr. 22 D. XXII, 3 *De probat.*

(*e*) c. 7 C, I, 14.

(*f*) c. 7 C. *eod.*

(*g*) Nov. 19 in fin. praef. — c. 12 C. I, 14 *De legibus*. Confr. Fritz *Della forza dell'interpretazione autentica, nel Magazz.* di Grolman e Löhr IV. 2 e 3, n. XIV.

(*h*) c. 5 C. I, 14.

sa. Si delude una legge quando, senza operare in opposizione alle parole, si contravviene non pertanto allo spirito o senso di essa (*i*);

6. Ogni cittadino ha non solo il diritto, ma eziandio l'obbligo d'interpretare le leggi; che se non gli vien fatto di comprenderne il vero significato, è tenuto di rivolgersi al Legislatore (*k*).

§ 49. *Della interpretazione ed applicazione delle Leggi.*

Interpretare una Legge altro non vuol dire che esporre il vero senso della medesima, ossia ciò che il Legislatore nell'emanarla si è proposto ed ha voluto. La interpretazione di una legge in senso stretto differisce dalla *esposizione* ed *applicazione* della medesima. La *esposizione* di una legge, ossia la interpretazione in senso lato, è *la spiegazione* di una legge chiara e non dubbia (*a*); laddove la interpretazione in senso stretto non si riferisce che a disposizioni oscure o dubbie (*b*); e l'*applicazione* ha luogo quando, seguito od immaginatosi un caso, lo si confronta colla legge, e lo si decide a norma della stessa. Se una legge è oscura od equivoca, vuolsi innanzi tutto osservare se il Legislatore stesso la abbia schiarita (*interpretatio autenthica*), o se sia stato alla stessa per lunga consuetudine attribuito già un senso determinato (*interpretatio usualis*); nell'una e l'altra delle quali ipotesi si avrebbe ad attenersi alle dette interpretazioni: in caso contrario, corre a ciascuno l'obbligo d'interpretare la legge secondo i principii dell'arte ermeneutica (*interpretatio doctrinalis*). E qui conviene primieramente ricercare qual senso abbia la legge secondo le parole e il linguaggio comune o particolare (*interpretatio grammatica*). Se giusta la interpretazione grammaticale non si può attribuire ad una legge che un unico e solo significato, allora cessa, di regola, ogni ulteriore ufficio di chi interpreta. Che se invece la legge in base della interpretazione grammaticale può esser presa in più sensi, o se è forza giudicare che il Legislatore ad onta dei termini chiari e precisi di cui si è servito, abbia altrimenti pensato da quello che risulta dalle sue parole (*c*): allora è mestieri ricorrere alla interpretazione *logica o filosofica*, che consiste nell'esporre la legge secondo il suo spirito e fondamento (*cc*). Lo *spirito* della legge (*mens, sententia legis*) è la vera volontà del Legislatore, ch'ei procurò di manifestare colle parole della sua legge. Il *fondamento* poi della legge sono in genere tutte quelle cause che indussero il Legislatore a dettarla. In senso lato si chiama quindi fondamento della legge anche il fatto storico esterno che ne fu la causa occasionale (*occasio legis*); ma in senso stretto non s'intende propriamente per fondamento della legge che: 1. l'intenzione del Legislatore, ossia lo scopo che egli volea conseguire; 2. la ragione giuridica (*ratio decidendi, ratio juridica*), da cui venne dedotta una legge, sia che questa ragione consista in un principio generale di Diritto,

(*i*) fr. 29 D. I, 3 *De legibus*.
(*k*) c. I, 9, 11 C. I, 14.
(*a*) In questo senso si prende tal parola nel fr. 1 § 11 D. XXV, 4 *De ventre inspic.* « *Quamvis sit manifestissimum edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.* » Thibaut *Saggi* T. II, n. 9.
(*b*) fr. 25 § 1 D. *De legat* III; *Lezioni di Gius civile* di Hufeland I § 28.

(*c*) p. e. a motivo di una contraddizione con altre leggi, o perchè non avendo riguardo alle parole che ne verrebbe un assurdo.
(*d*) Confr. C. G. Guyet *Dissertazioni in materie di Dir. civil.*, Heidelberg 1829, dissertaz. settima.

dal quale subordinate le regole si derivarono, sia che si basi essa ragione nella natura dell'oggetto stesso da cui si trassero conseguenze giuridiche; 3. la causa impellente, ossia tutto ciò che, dallo scopo e dalla ragione giuridica in fuori, determinò il Legislatore a rilasciare una legge, o a modificarla in un modo, piuttosto che in un altro, come sarebbero, p. e. i costumi dominanti di un popolo, le consuetudini inveterate, i riguardi politici transitorii, le opinioni filosofiche. Avvenendo che le parole di una legge per la interpretazione grammaticale possano venir intese in più modi, e che stando allo spirito ovvero al fondamento della legge debba questa interpretarsi nel senso più esteso, una tale interpretazione è detta solitamente estensiva (*extensiva*); e si chiama poi restrittiva (*interpretatio restrictiva*), qualora si debba prendere la legge nel suo senso meno esteso. Ma queste espressioni sono a vero dire oziose: poichè la vera interpretazione secondo la sua definizione non può giammai nè stendersi a casi che non è possibile che sieno nella Legge compresi, in qualunque modo s'interpretino le sue parole; nè si può restringere una legge in guisa, che non abbia più alcun effetto: dal che devesi coerentemente inferire che anche la così detta interpretazione estensiva e restrittiva non è in ultima analisi che una interpretazione rigorosa (*stricta*), cioè tale che non abbraccia nè più nè meno di quello che il Legislatore aveva in mira e voleva (*d*).

Laonde se si estende una legge a casi che, per qualunque significato si dia alle sue parole, non possono essere in essa compresi, ciò si fa soltanto per Analogia di Diritto, la quale altro non è che la consentaneità col fondamento della legge (*e*).

Nell'applicare le leggi si hanno ad osservare le seguenti regole d'interpretazione logica:

1. Se il senso delle parole è dubbio, dee prevalere quello che meglio corrisponde alla natura dell'oggetto di cui tratta la legge (*f*), o se vi ha dubbio in proposito, deve preferirsi il significato che meglio si adatta alle leggi esistenti (*g*); e rimanendo anche ciò disputabile, dovrassi prescegliere l'interpretazione più mite, detta equità (*equitas*) (*h*), senza però che sia lecito di attribuire ad una legge per sè chiara un senso che ripugni totalmente alla forza dei vocaboli, sotto colore che la legge sia troppo dura (*i*); giacchè trattandosi di una legge chiara non si deve, di regola, far altro fuorchè esporla semplicemente (*interpretatio declarativa*).

2. Se le parole sono bensì chiare, ma tuttavia suscettibili di più significati, si anteporrà il significato più esteso, ogni qualvolta lo spirito della legge lo esiga, ovvero lo consigli una ragione di uguale o forse maggior peso, e fondata nella legge stessa; per questo motivo si può perfino applicare, per analogia, una legge a casi che non sono compresi nella disposizione sua letterale (*k*), a meno che il Le-

(*d*) G. Hufeland *Del vero spirito del Dir. rom.* T. I, p. 69, alla tesi: *Ogni effettiva interpretazione è sempre stretta per estensiva che sia.* Müller nelle sue *Diss. di Dir. civ.*, Giessen 1833, p. 199.

(*e*) *Lezioni di D. civ. comune* di Wening-Ingenheim 1824 T. I, Libr. I, § 8. *Esemp. d'interpretazione estensiva ci forniscono i* fr. 9 § 2 D. XIV, 9 — fr. 7 § 7, fr. 32 § 24. fr. 49 D. XXIV, 1 e di *Analogia* fr. 25 § 5 D. V, 3. — fr. 4 D. XXIII, 5.

(*f*) fr. 67 D. L, 17 *De regul jur.*

(*g*) fr. 2 § 7 D. L, 3 *De vacat.*

(*h*) fr 3 D. XXVIII, 4 *De his, quae in test. delentur.* « *In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justum et quam tutius.* »

(*i*) fr. 12 § 1 D. XL, 9 *Qui et a quibus manum.* « *Quod quidem perquam durum est: sed ita lex scripta.* »

(*k*) Così p. e se il Senatoconsulto Macedonia-

gislatore stesso non abbia vietato qualsiasi interpretazione estensiva (*l*). Per l'opposto, d'uopo è di ristringere la legge secondo il suo spirito, s'è manifesto non aver il Legislatore avuto innanzi agli occhi il significato più ampio di cui erano suscettibili le sue parole, o se adottandosi un tale significato ne nascessero degli assurdi. Che s'è necessario di restringere secondo il suo spirito la legge, ciò non può tuttavia, minimamente avvenire sotto pretesto che manchi la sua ragione, come alcuni pretendono giusta quell'adagio: *Cessante ratione, cessat lex ipsa.* Poichè si aprirebbe troppo vasto campo all'arbitrio del giudice, ed ogni disposizione generale verrebbe delusa se fosse lecito di non applicare in dati casi la legge perchè ne cessa la ragione: a chi basterebbe, p. e. l'animo di sostenere, esser valido il testamento di un impubere, se non sussiste a suo riguardo la ragion della legge, *quia nullum est eorum animi judicium?* In un solo incontro si può adottare il principio *cessante ratione, cessat lex ipsa;* qualora cioè non si potesse comprendere lo spirito di una legge se non avendo riguardo al suo fondamento, e questo mancasse intieramente; poichè allora converrebbe ritenere che il Legislatore non abbia fatta per tal caso alcuna disposizione. Ma è chiaro che sarebbe più proprio dire anche qui che cessa la legge, perchè cessa lo spirito della medesima, ossia la volontà del Legislatore (*m*).

3. Le leggi con cui si rettificano delle precedenti, debbono interpretarsi di maniera che la legge posteriore si diparta il meno possibile dall'anteriore (*n*).

4. Limitata una legge a determinate persone o cose, vale per tutte le altre lo opposto, finchè motivi maggiori non si oppongono a una tale interpretazione (*argumentum a contrario*) (*o*).

Accade talvolta che senza l'ajuto della critica ogni interpretazione è impraticabile per essere scorretto il testo della legge. Non v'ha dubbio che si può emendare colla scorta dei manoscritti il testo stampato, stantechè, non si possono risguardar come leggi le mende degli editori; anzi è altresì permesso ad ognuno di scegliere tra le diverse lezioni dei manoscritti quella che giudica la migliore, non possedendo noi alcun manoscritto dichiarato per testo originale: ma se il testo dei manoscritti è dappertutto lo stesso, non è lecito all'interprete di cangiarlo, se non quando è chiaro che il Legislatore non avrebbe potuto esprimersi come suonano le parole (*p*).

no, che tratta solo dei figli, si vuole estendere anche alle figlie per identità di ragione in base al fr. 9 § 2 D. XIV, 6, ciò avverrebbe per interpretazione estensiva. Ma se la legge Giulia, che vieta al marito di alienare un immobile ricevuto in dote, viene in forza dell'identità di ragione estesa in virtù del fr. 4 D. XXIII, 5 anche al semplice fidanzato, ciò avverrebbe per l'analogia legale. Confr. la nota e di questo §.

(*l*) p. e. c. ult. C. VIII, 56 *De revocanda donat.* — Nov. 115, c. 3.

(*m*) § 1 *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss. facere testam.* Kaufmann I § 30 — A. D. Weber *Esposizione sistematica della dottrina dell'obbligazione naturale* § 64. — *Lezioni del Dir. prat. delle Pandette* di Seuffert § 16, e Warnkoening *Comment. jur. rom.* 1825, I, p. 166, lett. b. Confr. anche fr. 4 D. I, 3. « *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.* » Si rinviene un esempio di una tale restrizione nel fr. 15 combinato col fr. 6 § 2 D. XXXVII, 14 *De jure patronatus.*

(*n*) c. 35 pr. C. III, 28 *De inoff. test.*

(*o*) fr. 18 pr. D. XXII, 5 *De testibus:* « *Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere* » fr. 22 D. I, 3 Confr. Thibaut *Saggio* 1, n. 15, p. 333.

(*p*) Thibaut *Saggi* 1, n. 16. — P. G. A. Feuerbach *Abbozzo di una teoria per la critica giuridica, e per rispondere al quesito, se la critica sia utile alla pratica? Saggi di Dir. civ.*, Giessen

§ 50. *Del Gius consuetudinario.*

La Consuetudine (*a*); ossia il *Gius consuetudinario,* è una norma obbligatoria, derivante dagli atti dei oittadini. Questi atti debbono essere:

1. Ripetuti (*b*), e consentanei alla ragione (*c*); per lo che non sono atti a fondare una consuetudine quelli ripugnanti alla ragione o ai buoni costumi; nè ciò che fu prima per errore e poi per consuetudine introdotto, ha efficacia in altri casi consimili (*d*). Del resto, è indifferente che detti atti sieno stati giudiziali o stragiudiziali (*e*).

2. Essi debbono essere uniformi (*f*); non osta tuttavia che alcuni di tali atti siano stati dagli altri dissimili, purchè gli uniformi compongano la regola (*g*).

1803, I, 3. — C. F. Mühlenbruch *Doctrina Pandect*, Halis 1823, I, § 56-57.

(*a*) D. I, 3. — C. VIII, 53. — Hofacker *De jure consuet.*, Tubing. 1774. — Meurer *Schizzo di una giusta teoria del Gius consuetudinario, nelle sue Diss. giuridiche* I, n. 4-6, Lipsia 1780. — C. G Schweizer *De desuetudine*, Lipsia 1801. — G. N. C. Guilleaume *Dissertazione teorico-pratica della dottrina giuridica della consuetudine,* Osnabrück 1801. — Gutjahr *Gius consuetudinario,* Lipsia 1801. — C L. Volkmar *Supplementi alla teoria della consuetudine,* Brunsv. e Hellmst. 1806. — G. Klötzer *Saggio di un supplemento alla teoria del Gius consuetudinario,* Jena 1813. — F. C. Gesterding *Supplemento alla teoria del Gius consuetudinario,* nell'*Archivio per la prat. civ.*, T. III, n. 18, p. 259. — C. F. E. Schmidt *Saggio di una teoria del Gius consuetudinario secondo le Leggi romane, canoniche e sassoni,* Lipsia 1825 e la critica di quest'opera *negli Annali di tutta la letteratura giuridica alemanna* di Fr. Cr. Carlo Schunk T. I, fasc. 2, pag. 144. — G. F. Puchta *Diritto consuetudinario,* parte I, Erlangen 1828.

(*b*) c. 1 C. VIII, 53 *Quae sit longa consuet.*

(*c*) Nov. 134, c. 1.

(*d*) fr. 39 D. I, 3 *De legibus*. Klötzer interpreta questo passo in modo diverso: pure confronta Gesterding nelle sue Dissertazioni sopra citate § 4.

(*e*) Klötzer p. 143 e seguenti. - fr. 34 D. *de leg.* non contiene che un semplice consiglio, com'emerge tanto da questo passo medesimo, quanto dal confronto dello stesso col fr. 38 D. eod.

(*f*) c. 1 C. VIII, 53 *Quae sit longa consuet.*

(*g*) fr. 34 D. L. *De reg. jur.* — fr. 3 § 6 D.

3. Conviene che sieno stati continuati per lungo tratto di tempo, di cui tuttavia le leggi non fissano numericamente la durata (*h*).

4. Il consenso del Capo dello Stato è necessario solo in quanto che non è lecito di riportarsi ad una consuetudine, nel caso ch'esso le abbia escluse espressamente tutte, o almeno quella particolare consuetudine di cui si tratta (*i*).

5. Finalmente debbono questi atti essere stati intrapresi nella persuasione della loro morale necessità (*ex opinione necessitatis*). Badi però chi non vuol errare di non prender ciò nel senso comunemente adottato, che i cittadini abbiano cioè creduto di non poter adoperare altrimenti. Poichè o questa credenza si appoggia ad una legge già esistente, e non c'è più d'uopo di una consuetudine per convalidarla; o non si appoggia ad alcuna legge vigente, ma i cittadini credono tuttavia di non poter agire che in conformità di questa lor persuasione, e allora essi sono in errore, e noi abbiamo osservato di sopra, che un errore si oppone alla introduzione di un *Gius consuetudinario*. Riflettendo pertanto che, in uno Stato in cui la podestà legislativa è in mano del popolo, dalla volontà di questo, espressa coi voti o coi fatti, ogni legge deriva (*k*); non si potranno intender quelle parole altrimenti, senonchè i cittadini agendo abbiano dovuto conformarsi ad una data massima, come ad una legge, non nella supposizione ch'essa lo sia in realtà, ma che lo debba essere (*l*).

XXII, 25 *De testib.* — c. 3 C. VIII, 53. — Klötzer § 34. — Seuffert *Lezioni del Dir. pratico delle Pandette* I, § 9.

(*h*) fr. 32, 33, 35 D. *De legibus.*

(*i*) c. 2 C. VIII, 53. Vedi Gesterding nella citata *Dissertazione* § 9; Wening-Ingenheim *Lezioni* T. I, lib. I. § 11.

(*k*) fr. 32 D. *De legibus.*

(*l*) Gesterding § 3.

Una consuetudine munita di questi requisiti non solo obbliga nei casi non compresi nelle leggi promulgate, ma ha forza di dilucidare le leggi ambigue, e di derogare perfino alle leggi scritte (*m*). La differenza fra queste e la consuetudine, rapporto all'effetto, consiste propriamente in ciò, che richiamandosi in Giudizio ad una consuetudine, conviene dimostrare ch'essa abbia già forza effettiva di legge, bastando però provare essere seguiti più atti uniformi, rimesso il resto (p. e. se sia o meno scorso un sufficiente tratto di tempo) al prudente arbitrio del Giudice (*n*):

§ 51. *Del Gius comune e singolare.*

Il *Gius comune* contiene le leggi fatte per tutti i cittadini e per tutti gli affari legali, in quanto non n'esistono eccezioni. Il *Gius singolare* è quello che venne contro lo stretto *Gius comune* introdotto per una intiera classe di persone o di cause, così volendo l'equità e il bene comune (*a*). I diritti singolari sono privilegii in senso lato, e questi se vantaggiosi si chiamano benefizj legali (*beneficia juris*) (*b*). Base del *Gius singolare* è similmente una norma generale. Privilegio *poi* in senso proprio e stretto è detto ciò che venne con una disposizione affatto particolare fissato per singole persone o cose, sia poi che si opponga al *Gius comune*, o che almeno non sia in esso fondato (*c*).

(*m*) fr. 32 § 1 D. *De leg.*, § 11 *Inst.* I, 2 *De jure nat.* Appoggiati alla c. 2 C. VIII. 53 sostengono alcuni l'opinione contraria: ma si vegga Gesterding § 7 9 Anche Unterholzner ci dà una spiegazione affatto soddisfacente della c. 2 nel *Giornale critico di Tubinga* T. V. p. 380.

(*n*) Seuffert T. I § 11.

(*a*) fr. 16 D. I, 3. — Thibaut *Saggi* II, n. 13.

(*b*) Tale è p. e. il benefizio del Senatoconsulto Vellajano spettante alle donne rispetto all'assumersi obblighi di terzi.

(*c*) § 6 *Inst.* I, 2 *De jure natur.* — Quindi è che molti distinguono il Diritto riguardo alla sua estensione in generale e speciale, assegnando al primo il Diritto comune e singolare, e al secondo i Privilegii, i Mandati, e simili. Vedi Thibaut nella citata *Dissertazione*.

§ 52. *Dei Privilegii.*

Dei Privilegii altri sono favorevoli, altri odiosi (*favorabilia vel odiosa*), secondochè apportano vantaggio od aggravio (*a*): si dicono *onerosi*, se per l'acquisto di essi si dee corrispondere qualche cosa; *gratuiti*, in caso contrario; *affermativi*, se viene concesso ad un cittadino un diritto che agli altri non spetta; *negativi*, se lo si solleva da un peso che gli altri deggion portare; finalmente, *reali*, se sono congiunti in modo con una cosa, che ogni possessore della stessa possa di essi far uso; *personali* nel caso opposto, e questi si estinguono colla persona a cui furono conferiti (*b*). Al Sovrano solo, non anche ai Magistrati, spetta di concedere *privilegii* (*c*). I loro modi di estinzione sono la rinunzia del privilegiato, se sono favorevoli (*d*), la revoca del concedente pel fattone abuso (*e*), e il deperimento della persona o cosa privilegiata (*f*). Si estinguono nominatamente i *privilegii* delle fiere annuali pel non-uso decennale (*g*). Rispetto ad altri *privilegii*, non c'è legge che dichiari la prescrizione qual modo di estinzione dei medesimi. Sembra quindi che non si possano far valere i principii generali della prescrizione, se non in quanto questa potrebbe aver luogo anche nel caso che il rapporto legale, che per essa dovrebbe venir disciolto, si fosse forma-

(*a*) § 6 *Instit.* I, 2. — fr. 1 § 2 D. 4 *De const. princip.*

(*b*) fr. 1 § 43 D. XLIII. 20 *De aqua quotid.* — fr. 1 § 1 D. L, 6 *De jur. immunit.*

(*c*) fr. 3 pr. D. IV, 4 *De minor.*

(*d*) fr. 41 D. IV, 4 — c. 29 C. II, 3 *De pactis.*

(*e*) c. 3 C. XI, 42 *De aquae ductu.*

(*f*) fr. 7 § 2 D. III, 4 *Quod cujuscumque univ.* — fr. 68, fr. 196 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*g*) fr. 1 D. L, 11 *De nundinis.*

to in un altro modo che mercè un privilegio; dimodochè la perdita di un *privilegio affermativo* sarebbe una vera prescrizione estintiva, mentre la perdita di un *privilegio negativo* per non averne continuato l'esercizio non potrebbe essere che la conseguenza della prescrizione acquisitiva, per la quale si andrebbe a ristabilire il rapporto legale che il privilegio avea tolto (*gg*). Non si possono conceder *privilegii* in danno di diritti dei terzi (*h*), nè si possono estendere per analogia (*privilegia non sunt trahenda ad exemplum*) (*i*).

Il di più, che sulla materia dei *privilegii* si espone dalla maggior parte dei Giureconsulti, non è propriamente fondato nel Diritto romano, ma fu desunto in parte dal Diritto canonico, in parte dai principii generali di Diritto.

CAPITOLO II.

Delle persone.

§ 53. *Idea e divisione delle persone.*

Chiunque gode nello Stato qualche diritto, è una *persona* in senso proprio. Secondochè le *persone* sono tali per natura, o per una finzione legale, si chiamano *fisiche* o *morali*.

TITOLO I.

Delle persone fisiche.

§ 54. *Dello stato personale e della sua perdita.*

Chiamasi stato (*status*) quella condizione, in forza della quale gli uomini sono suscettibili nella società civile di diritti. I Romani ne riconoscono tre, *status libertatis, civitatis, et familiae,* secondochè nascono dalla semplice libertà, o dalla cittadinanza, oppure da certi legami di famiglia. La libertà è la condizione fondamentale di ogni diritto; ma per essa non si godono che i diritti del Gius naturale e delle genti. Per la cittadinanza si hanno tutte le prerogative dei cittadini Romani; e pei legami di famiglia tutti quei diritti che non possono spettare che agl'individui d'una data famiglia (*jura agnationis*). Queste tre condizioni della maggiore o minore capacità legale stanno fra loro in questo rapporto, che la libertà può sussistere senza cittadinanza e legami di famiglia; la cittadinanza senza legami di famiglia, ma non senza libertà; i legami infine di famiglia nè senza libertà nè senza cittadinanza (*a*). Chi riunisce in sè tutti e tre questi stati, è detto *caput civile,* e *capitis deminutio* si chiama la persona di alcuno di essi (*b*), la quale è 1. *maxima,* se si perde la libertà e con essa gli altri stati; 2. *media,* se, ritenendosi la libertà, si perde la cittadinanza; 3. *minima,* se non si perdono che i diritti di una data famiglia. Vengono poi tanto la *deminutio maxima,* che la *media,* equiparate alla morte naturale, e risguardate quindi qual morte civile (*c*).

(*gg*) Fritz nel *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* IV, 2, p. 201.

(*h*) fr. 2 § 16 D. XLIII, 8 *Ne quid in loco publ.* — c. 4 C. VIII, 49 *De emancip.*

(*i*) fr. 14 D. I, 3 *De leg.* — fr. 162 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*a*) fr. 2 pr. D. IV, 5 *De capite minutis.*

(*b*) pr. *Inst.* I, 16, — fr. 1 D. IV, 5 *De capitis. demin.*

(*c*) fr. 209 D. L, 17 *De reg. jur.* — § 1 et 3 *Inst.* I, 12 *Quib mod. patr. pot. solv.* Il concetto di *Stato* è preso qui in senso stretto: non si può tuttavia negare che questa espressione presso i Romani non dinoti in senso lato ogni qualità di un uomo, che sia fondamento di qualche diritto; così leggiamo fr. 5 § 1, D. L, 13 *De extraord. cognit.* « *existimationis illesae status.* » *Status* significa la maggiorennità nel fr. 77 § 14 D. *De legat. II* e c. 5 C. VI, 53 *Quando dies.* Confr. Zimmern *Stor. del Dir. rom.* I, 2, § 117.

§ 55. *Dello stato di libertà.*

Considerati gli uomini relativamente allo stato di libertà, si distinguono essi in *liberi* e *schiavi;* questi formano parte dell'altrui facoltà, non così quelli (*a*). I *liberi* o sono nati tali (*ingenui*), o lo divengono coll'essere liberati dalla schiavitù (*libertini*, e riguardo al patrono *liberti*) (*b*). Gli *schiavi* non sono persone, e perciò capaci di diritti (*c*); quanto acquistano appartiene al loro padrone (*d*), a cui spetta altresì la facoltà di alienarli *inter vivos et mortis causa*, perduto però sopra essi, in virtù di Costituzioni imperiali, l'antico *jus vitae et necis* (*e*). Degli *schiavi* altri sono nati tali, come i figli di una schiava, altri lo diventano o pel *Gius delle genti*, se cadono in mano dell'inimico; o pel *Gius civile*, se un uomo libero, compiuti i venti anni, si lascia vendere per ricevere una parte del prezzo (*f*). La schiavitù cessa o colla manomissione o senza. La manomissione, cioè quell'atto con cui il padrone dona la libertà allo schiavo, era di diverse specie (*g*). Cessava da sè la schiavitù, se il padrone abbandonava lo schiavo a motivo di fisica debolezza; se lo vendeva a condizione che fosse messo in libertà; o se lo schiavo scopriva l'assassino del suo padrone (*h*). Nominatamente ricuperavano la perduta libertà i prigionieri di guerra, che riparavano in un modo legittimo nelle provincie romane o in un altro Stato collegato od amico (*et jure postliminii*) (*i*). Chi metteva in libertà uno schiavo, diveniva il suo patrono (*k*), n'era in certo modo il padre e l'agnato più prossimo, e riteneva ancora sovra esso dei diritti importanti, compresi sotto il nome di *Gius patronatus*, per cui il liberto era fra le altre cose tenuto ad onorare in tutti i modi il suo patrono (*l*), a somministrargli gli alimenti in caso d'indigenza (*m*), e il patrono gli succedeva talvolta in virtù della Legge (*n*), e così via discorrendo.

(*a*) pr. § 1 *Inst.* I, 3 *De jure person.*
(*b*) § 4 *Inst.* eod. — § 1 *Inst.* I, 4 *De ingen.* — fr. 5 pr. D. I, 5 *De statu homin.*
(*c*) § 4 *Instit.* 16 *De capit. demin.* — fr. 3 § 1, fr. 4 D. IV, 5 *De capit. minut.* — fr. 20 § 7 *D.* XXVIII, *De testamentis.*
(*d*) § 1 *Instit.* I, 8 *De his, qui sui vel alien. jur. sunt.*
(*e*) § 1 *Instit.* I, 8 eod. Seneca *De ira* lib. III c. 40. « *D. Augustus cum coenaret apud Vedium Pollionem, fregerat unus e servis ejus crystallinum, Rapi eum Vedius jussit, nec vulgari quidem periturum morte; muraenis objici jubebatur, quas ingens piscina continebat. Evasit e manibus puer, et confugit ad Caesaris pedes, nihil aliud petiturus, quam ut aliter periret, nec esca fieret. Motus est novitate crudelitatis Caesar, et illum quidem mitti, crystallina autem omnia coram se frangi jussit, complerique piscinam.* »
(*f*) § 2 *Instit.* eod.
(*g*) § 3 *Instit.* I, 3 *De jure person.*
(*h*) *Instit.* I, 5 *De libertin.* — *Instit.* I, 6 *Qui et ex quibus caus. manumitt. non poss.*, *Instit.* I, 7 *De lege Fus. Can. tollenda.* — Güntheri *Principia jur. rom.* I § 123 e 124.
(*i*) D. XL, 8 *Qui sine manumiss, ad libert. perven.*
(*k*) fr. 4, fr. 19 pr. § 3, 4, fr. 20 pr. D. XLIX, 15 *De capit. et postlim.*
(*l*) Nov. 78, cap. 2 pr. — C. VI, 6 *De obseq. patr. praest.*
(*m*) fr. 5 § 18 26. fr. 9 D. XXV, 3 *De agnosc. et alend. liber.*
(*n*) § 3 *Instit.* III, 7 (8.) *De success. libert*

§ 56. *Dello stato di cittadinanza.*

Riguardo allo stato di cittadinanza, si distinguono *cittadini romani* e *forestieri*. Il Gius della cittadinanza romana (*Jus civitatis romanae, Jus Quiritum*) racchiude in sè molti diritti, parte pubblici, parte privati; fra i pubblici quelli del censo, della milizia, degli onori e dei suffragii nei pubblici *comizii;* fra i privati, quelli del connubio, della patria potestà, della tutela, dell'usucapione e della confezione del testamento. Ma cessò la differenza fra i cittadini romani e i forastieri pressochè del tutto, dopochè l'imperatore Antonino stabilì, che ogni

soggetto libero nell'Impero romano fosse cittadino romano. I forastieri venivano, del resto, trattati giusta il Gius delle genti (*a*).

§ 57. *Dello stato di famiglia.*

Per lo stato di famiglia gli uomini sono soggetti ad una autorità privata, o non lo sono (*alieni vel sui juris*); questi si chiamano *patres vel matres familias*, quelli *filii filiaeque familias*, oppure *servi et ancillae* (*a*).

Si danno, oltre questi tre stati, certe qualità fisiche e morali, dalle quali sorgono particolari diritti, e fra queste si contano specialmente la *nascita*, la *vita* e la *morte*, il *sesso*, la *età*, la *perfezione corporale e intellettuale*, l'*agnazione*, la *cognazione*, la *religione* e l'*onore civile* (*b*). Noi ci occuperemo di tutte queste qualità e dei loro effetti, secondo l'ordine in cui vennero qui riportate.

§ 58. *Della nascita.*

Perchè si possa riguardare un uomo come *persona*, ossia come suscettibile di diritti, è mestiere che sia nato vivo, ed abbia forma umana (*a*). 1. Nati si dicono quelli, che sono già usciti dall'alveo materno; *nascituri, postumi, venter*, quelli che vi si trovano ancora (*b*). Questi ultimi però, in quanto si tratta del loro utile, si risguardano come nati (*c*), senza che per altro questa finzione giovi a terzi (*d*). 2. È necessario che il parto sia vivo, poichè non si ritiene nè come nato nè come concepito chi nacque morto (*e*). Se il feto viva, lo si può giudicare non solo dalle sue grida, ma ben anco da altri indizii, come, p. e., dai suoi movimenti (*f*). Ma non basta neppure che il feto viva; conviene ancora ch'esso sia in istato (*vitalis*) di continuare almeno per alcun tempo fuori dell'utero materno la sua esistenza; il perchè si pareggiano ai non nati gli aborti (*abortivi*), i quali non sono ancora maturi abbastanza per potere vivere da sè (*g*). Maturi poi sono tutti quelli che nascono dopo 182 giorni dalla loro concezione (*h*). 3. Per ultimo deve il feto aver forma umana. Quindi non partecipano di alcun diritto quelli che non hanno traccia di forma umana, o almeno ne diversificano nel capo (*monstra, prodigia*) (*i*); sì bene però coloro che non hanno che qualche altro membro deforme (*ostenta, portenta*) (*k*). I nati, o sono legittimi o illegittimi, secondo che nacquero o no da un matrimonio legittimo, e a tempo debito. A tempo debito nascono quelli che non vengono al mondo prima del 182.do giorno dopo conchiuso il matrimonio nè dopo il decimo mese, seguitane la soluzione (*l*). Riguardo a questi si contempla il marito qual padre, finchè non dimostra in modo evidente l'impossibilità ch'ei sia tale, p. e.,

(*a*) Commentario di Höpfner alle *Instituzioni* di Eineccio § 90 *De statu civitatis*. — Alb. Schweppe *Stor. del D. R.* 1822, § 148 e 149.

(*a*) pr. *Instit.* I, 8 *De his, qui sui vel. alien. jur. sunt.* — fr. 1 pr. § 1, fr. 3, 4 D. I, 6 eod. — fr. 195 § 2 D. L. 16 *De verbor. signif.*

(*b*) Confr. § 54 nota c.

(*a*) D. I, 5 *De statu hominum.*

(*b*) fr. 1 § 1 D. XXV, 4 *De inspic. ventre.*

(*c*) fr. 7, fr. 26 D. I, 5 *De statu homin.*

(*d*) fr. 231 D. L, 16 *De verbor. signif.*

(*e*) fr. 129 D. L, 16 *eod.*

(*f*) Giustiniano compose in questo modo colla c. 3 C. VI, 29 *De posth. hered.* la controversia fra gli antichi Giureconsulti.

(*g*) c. 2 C. VI, 29 *eod.*

(*h*) fr. 12 D. I, 5. — fr. 3 § 12 D. XXXVIII, 16 *De suis et legit.* Confr. Buchholtz nelle sue *Diss. giurid.* n. 14. Vi sono per altro dei Legisti, che interpretano questo luogo diversamente, e che negano il requisito della vitalità. Vedi Dähne nella *Temi* II, 2 § 356-371.

(*i*) fr. 14 D. I, 5. — fr. 44 D. XI, 7 *De religios.* — Del resto simili parti portano ai loro genitori l'utile che questi non sono più soggetti agli svantaggi di chi non ha figli, fr. 135 D. L, 16.

(*k*) fr. 38 D. L, 16.

(*l*) fr. 3 § 11 D. XXXVIII, 16 *De suis et legit.*

per la sua assenza, o impotenza (*m*); nulla provando contro la legittimità della prole la confessione della madre, di aver commesso adulterio (*n*). Ma cessa questa presunzione se la nascita è seguita prima del 182.do giorno dalla conclusione del matrimonio e dopo il decimo mese dalla sua soluzione (*o*). Se alcuno lasciò scritto nel suo testamento, o in qualche altro documento degno di fede, che il tale o la tale sia suo figlio o sua figlia, senza avervi aggiunto espressamente *figlio o figlia naturale*, si ritiene senz'altra prova per legittima la prole (*p*). Vi sono più specie di figli illegittimi: 1. gl'incestuosi, nati d'incesto, e gli adulterini, nati da adulterio (*q*); 2. i naturali, nati da una concubina (*r*); 3. i rimanenti si chiamano ora *spurii*, ora *vulgo quaesiti*, secondo che nacquero fuori di matrimonio da persona del resto onesta, o da una meretrice (*s*).

§ 59. *Della vita e della morte* (*a*).

In regola non si presume nè la *vita* nè la *morte* di alcuno. Provato adunque che un individuo era in vita, lo si ritiene per vivo, finchè si prova il contrario. È vero che le Leggi contemplano la durata di un secolo come l'ultimo termine della vita umana, ma esse non fissano che si debba reputar morto chi compì i 100 anni (*b*). Nel dubbio, quale di due persone abbia cessato di vivere, si presume per le romani Leggi: 1. che il pubere sia sopravvissuto all'impubere (*c*), se amendue perirono di morte violenta nello stesso pericolo (*d*), non avuto riguardo se fossero genitori e figli, oppure altre persone (*e*); 2. che i figli puberi sieno sopravvissuti ai genitori (*f*). Non verificandosi nè questo

(*m*) fr. 6 D. I, 6 De *his, qui sui*.

(*n*) fr. 29 § 1 D. XXII, 3 De *probat*. — fr. 11 § 9 D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul.*

(*o*) fr. 12 D. I, 5. — fr. 3 § 11 D. XXXVIII, 16 De *suis et legis*.

(*p*) Nov. 117, c. 2.

(*q*) *Adulterini* propriamente sono, secondo il Diritto romano, solo quei figli che nacquero da un commercio illecito con una donna maritata, fr. 6 § 1. fr. 14 § 1. D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul. De adult.*, e perciò non lo sono quelli che un uomo maritato procreò con una ragazza o una vedova c. 18 C. IX, 9 *Ad leg. Jul. de adult.* Confr. E. Fr. Glück *Successione ab intestato*. Erlangen 1822, ediz. 2.da, p. 504. — Gli incestuosi si considerano in doppio senso, vale a dire, o secondo il Dir. delle Genti, o secondo il Diritto civile. Nel primo senso si appellano incestuosi quelli, che nascono da una congiunzione fra consanguinei od affini risguardata come infame, e perciò proibita presso tutti i popoli, e fra questi che si contano quelli che sono generati da persone congiunte o affini in primo grado (§ 63) fr. 68 D. XXIII, 3 De *ritu nupt.* — fr. 5 § 1 D. XII, 7 De *condict. sine caus.* — fr. 38. pr. § 1 D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul. de adult.*: incestuosi poi secondo il Dir. civ. si dicono quelli che nascono da congiunzioni fra congiunti ed affini, che sono vietate soltanto dalle Leggi romane Glück § 134.

(*r*) Si chiamano naturali però anche i figli legittimi presi in confronto degli adottivi. § 2 *Instit.* III, 1 De *hered.*

(*s*) fr. 23 D. I, 5 De *statu homin.*

(*a*) Mühlenbruch nell'*Archivio per la pratica civ.* IV. n. 27. — Gaedcke *De jure commorientium*, Rostochii et Guistrovii 1830.

(*b*) fr. 56 D. VII, 1 De *usufr.* — c. 24 pr. § 1 C. I. 2 De *sacr. Eccl.*

(*c*) fr. 9 § 4 D. XXXIV, 5 De *reb. dub.* — fr. 26 pr. D. XXIII De *pact. dot.*

(*d*) Tutti i passi parlano di una morte violenta, a cui sieno soggiaciute più persone nello stesso pericolo: il fr. 11 pr. D. XXXVII *De bon. poss. sec. tab.* a cui Mühlenbruch si riporta per sostenere l'opinione opposta, non fa al caso. Fritz nelle sue *Illust. di Wening* I, p. 136.

(*e*) È vero che le leggi parlano solo di genitori e di figli, ma stante l'identità di ragione si dovranno estendere per analogia. Mühlenbruch nella *Dissert.* sopra citata, p. 400 e § 217 del suo *Dir. delle Pandette*, Halla 1824 Anche Wening opina per una tale estensione, § 77; non così Seuffert, § 39.

(*f*) fr. 9 § 4, fr. 22 D. XXXIV, 5 *De reb. dub.* Solo a favore del patrono e dei fedecommessi si leggono eccezioni di una tale presunzione nel fr. 9 § 2 D. *De reb. dub.* e fr. 17 § 7 D. XXXVI, 1 *Ad Senatus. Trebell.* Gädcke stabilisce in ispecie anche la regola, che un uomo pubere sopravviva ad una femmina pubere; ma i motivi da lui addotti p. 61-75 dell'opera citata non convincono intieramente: anzi a noi sembra specialmente, che nel fr. 16 § 1 D. XXXXIV, 5 *De reb. dubiis* sia deciso a chiare note, che non si possa

caso nè il primo perchè amendue fossero impuberi o amendue puberi, si presumono morti tutti ad un tempo ossia con altre parole, non va più effettuato ciò che avrebbe luogo quando provar si potesse quale abbia cessato prima o dopo di vivere (*g*); a meno che la fatta disposizione non possa giusta il suo spirito, venir tuttavia eseguita (*h*), o l'effetto della morte consiste in ciò, che un acquisto, già fatto ma revocabile, come p. e. nella donazione fra conjugi o *mortis causa*, in cui si presume morto prima il donatore (*i*).

§ 60. *Del sesso.*

Non è di molta entità, secondo le romane Leggi, la differenza del sesso valendo la regola, che quando è prescritto pei maschi è prescritto anche per le femmine (*a*). In certi incontri però sono quest'ultime a peggior condizione dei maschi (*b*), in altri all'opposto godono per la connaturale loro debolezza diverse prerogative. Gli ermafroditi vengono computati di quel sesso al quale più si avvicinano (*c*).

risguardare come sopravvissuto alla moglie quello straniero che si stipulò la restituzione della dote e che morì contemporaneamente colla moglie, giacchè altrimenti non vi potrebbe essere nel fr. 17 le parole *idem est* le quali dinotano che si deve decidere il caso contenuto in fine del fram. anteriore (fr. 16 § 1) come nel fr. 17. Siccome però a termini del fr. 17, non v'ha dubbio che il legato è invalido; così non può esser valido nemmeno il caso contemplato dal fr. 16 § 1, mentre altrimenti nel § 17 dovrebbe dire: *contrarium est*.

(*g*) fr. 16 § 1, fr. 17, 18 D. XXXIV, 5. — fr. 34 D. XXXVI, 1 Confr. Mühlenbruch, pagina 409. Perciò non può essere operativa una sostituzione se non è certo chequegli il quale fu sostituito ad un terzo sopravvisse al testatore ec.

(*h*) fr. 9 (10) pr. § 3, D, XXXIV, 5 — Mühlenbruch p. 413 e segg.

(*i*) fr. 8 (9) D. XXXIV. 5. — fr. 32 § 14 D. XXIV, 1. — fr. 26 D. XXXIX, 6 *De mort. caus, donat.*

(*a*) fr 1, 84. 116, 163 § 1, fr. 172. 195 pr. D. L, 15 *De verb. sign*

(*b*) fr. 9 D. 1, 5 *De statu hom.*

(*c*) fr. 10 D. 1, 5. — fr. 15 § 1. D. XXII, 5 *De testibus.*

§ 61. *Dell' età.*

Relativamente all'*età* si distinguono gli uomini in maggiori (*majores*) se hanno oltrepassati i 25 anni e in minori (*minores*) in caso contrario (*a*). Possono i primi agire liberamente da sè ed amministrare le loro sostanze: i secondi si suddividono in infanti, impuberi e puberi; sono infanti (*infantes*) fino al 7.mo anno compiuto, e in questa età sono totalmente incapaci di conchiudere qualsiasi atto (*b*); sono impuberi (*impuberes*) dal 7.mo fino al 14.mo anno i maschi, e fino al 12.mo le femmine (*c*); dal 14.mo e rispettivamente dal 12.mo in poi sono puberi (*puberes*) (*d*). I puberi possono conchiudere atti; ma siccome vengono indotti facilmente in errore parte per inesperienza, parte per l'altrui frode, così stanno sotto la protezione speciale delle Leggi; per il che la loro facoltà viene affidata ad un curatore, oppure se sono stati danneggiati in qualche negozio, possono ripetere la restituzione in intiero (*e*). Gl'impuberi possono di per sè, cioè senza l'autorità del tutore, intraprendere solo atti a sè favorevoli, esclusi tutti gli obbligatorii (*f*). Si suddividono essi in *infantiae, et pubertati proximi,* di cui gli ultimi sono respon-

(*a*) fr. 1, D. IV, 4 *De minoribus*. L'età maggiore si chiama anche *legale*, perchè venne dapprima fissata dalla legge Pletoria, detta più comunemente Letoria.

(*b*) § 10 *Instit.* III, 19 (20) *De inut. sup.*

(*c*) Gli antichi Romani fissavano la pubertà dei fanciulli, previo un esame della loro fisica costituzione pr. *Instit.* 1, 22 *quib. mod. tut. finitur.* Confr. Ulp. *Fragm.* XI, 28.

(*d*) Nell'adozione e nel legato degli alimenti si fa menzione della pubertà *piena*, alla quale i giovani arrivano dopo compiuto il diciottesimo e le ragazze il quattordicesimo anno di vita. Anche nei casi della Nov. 115, c. 3, § 13 si ha riguardo all'anno diciottesimo.

(*e*) pr. *Instit.* I, 23 *De curat.* — fr. 1 pr. D. IV, 4 *De minor.*

(*f*) § 10 *Instit.* III, 19 (20). — fr. 9 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.*

sabili delle azioni dolose non così i primi (*g*). Ma diversi sono i pareri in quale età si debba ritenere uno più prossimo alla pubertà, o all'infanzia. Statuiscono alcuni direttamente il termine medio tra l'infanzia e la pubertà per giudicare se uno sia più vicino all'una o all'altra (*h*): altri all'opposto sostengono che si debbono di caso in caso esaminare le proprietà fisiche e morali dell'impubere, e da questo vedere s'egli sia o no capace di dolo (*i*). Sembra però che dai tempi di Labeone in poi fosse determinata precisamente o numericamente l'età prossima all'infanzia o alla pubertà, rimasto escluso con ciò l'arbitrio del pretore, che dichiarava anticamente, previa inquisizione, se l'impubere fosse o no imputabile di dolo, almeno in quei casi in cui l'impubere era prossimo all'infanzia o alla pubertà. Ma poichè nel testo dalla Legge non si trova numericamente riportata questa età, nemmeno noi non possiamo fissarla con sicurezza (*k*). Un minorenne si risguarda per maggiorenne, tostochè ottenne dal sommo Imperante (*venia aetatis*) la dispensa dagli anni, che si concede soltanto, comprovata una buona condotta, ai maschi dopo compiuto il 20.mo, alle femmine il 18.mo anno di loro vita (*l*). Ma non giova la *venia aetatis* se ad alcuno venne lasciata qualche cosa colla restrizione che giunga prima all'età maggiore, o se un minorenne effettivo vuole vendere i suoi beni immobili (*m*). In certi negozii si ha considerazione anche all'età, e circa ai pubblici impieghi può esimersi dallo assumerli chi conta più di 70 anni (*n*).

(*g*) fr. 111 pr. D. L, 17 *De regul. jur.* — fr. 13 § 1. D. IV, 3 *De dolo malo.*

(*h*) de Wening I, 1 § 83. — Thibaut *Sistema* VII, 1, § 231.

(*i*) V. Dircksen nel *Museo renano* I, 4, p. 316 326 intorno ai pupilli *infantiae vel pubertati proximos.*

(*k*) D'altra opinione è Gensler nell'*Archiv. per la prat. civ.* IV, 2, p. 216.

(*l*) C. 11 *De his, qui veniam aetatis.* Marezoll ne accenna i requisiti secondo la c. 2 C. eod. nel *Magaz.* di Grolman e Löhr IV, 2 e 3, p. 397-401. con precisione maggiore di quella finora usata da altri. Confr. Glück. XXXI, p. 145.

(*m*) c. 4 C. eod. — c. 2 § 1 c. 3 C. eod.

(*n*) fr. 3, fr. 5 pr. D. L, 6 *De jure immun.* — c. 10 C. X, 31 *De decur. et filiis. eor.* — c. un. C. V, 68 *Qui aetate se excus.* Non osta c. 3 C. X, 49 *Qui aetate vel profess.* Confr. Thibaut nell'*Archiv. per la Prat. civ.* VIII, 1, p. 85 e la relativa recensione negli *Annali* di Scunck III, 1, § 11-15.

§ 62. *Delle qualità intellettuali e fisiche.*

I furiosi, gl'insani, e i mentecatti (*furiosi, dementes, mentecapti*), privi come sono di ogni uso della ragione, non hanno la capacità di contrarre atti ed aver cura delle loro sostanze, e si assegna loro a tale effetto un curatore (*a*). Avendo essi dei lucidi intervalli, ed intraprendendo in essi dei negozii civili, non mancano questi di essere validi (*b*). Vengono equiparati ai perfettamente sani di mente quelli che non sono che di limitato intelletto (*stulti, simplices*) (*c*). I prodighi, dal punto che furono giudizialmente interdetti nell'amministrazione dei loro beni, vengono trattati come i furiosi (*d*); colla sola differenza, ch'essi possono migliorare la loro condizione, e che sono responsabili dei loro delitti (*e*).

Anche rispetto al loro fisico sono gli uomini perfetti, o imperfetti. Nell'ultimo caso vuolsi distinguere un difetto (*vitium*) da una infermità (*morbus*): un difetto è un vizio perpetuo

(*a*) § 3, 4 *Instit.* I, 23 *De curator.* — D. XXVII, 10 *De cur. furios* — c. 25 C. V, 4 *De nuptiis.*

(*b*) § 1 *Instit.* II, 12 *Quib. non es perm. test.*

(*c*) c. 13 pr. C. V, 51 *Arbitr. tutel.*

(*d*) fr. 1, 10, 15 D. XXVII, 10. L'interdizione si fa *ex officio*, o dietro istanza dei congiunti, previa però sempre un'inquisizione, fr. 6 D. eod.

(*e*) fr. 9 § 7 D. XII, 1 *De reb. cred.* — fr. 6 D. XLV, 1 *De verb. obl.* V. Wening I, § 82.

del corpo, come p. e. nei sordi, muti, ciechi, e negl' impotenti al coito (*spadones, castrati, eunuchi, thlasiae* o *thlibiae*) (*f*). I compilatori delle Leggi Giustinianee nel fissare i diritti delle persone inabili alla procreazione non sogliono usare che i due vocaboli *spadones* e *castrati:* intendono per *spadones* quelli che sono ancora in isperanza di poter procreare, e per *castrati* quelli che sono affatto privi di tale speranza (*g*). L'infermità è un incomodo transitorio del corpo, detto *morbus sonticus* se per esso non si può attendere alle proprie cose (*h*). Vedremo nella parte speciale, che stanno sotto la salvaguardia particolare delle Leggi anche quelli che sono affetti da qualche difetto o infermità.

§ 63. *Della consanguinità.*

La consanguinità (*cognatio*) è un' unione che passa fra due o più persone, in quanto che discendono immediatamente le une dalle altre, o mediatamente da uno stipite comune (*a*); nel primo caso sono dette *Ascendenti* e *Discendenti*, nel secondo *Collaterali* (*ex latere venientes, collaterales*). Il mezzo ordinario per determinare i diversi gradi di consanguinità è un albero genealogico che rappresenta i consanguinei per linee e gradi. Una linea è una serie di consanguinei, ciascuno dei quali discende immediatamente da quello che lo precede; ed è detta linea retta (*linea recta*) ascendente, se si parte dai figli salendo ai genitori, e in caso opposto linea retta discendente (*b*). Confrontate più linee rette fra loro, ognuna di esse rapporto all'altra si chiama linea collaterale *linea obliqua, transversa* (*c*). Un grado è la misura della distanza di un consanguineo dall'altro (*d*), e si chiama contare i gradi l'esprimere questa distanza: il che si fa in linea retta osservando la regola, *che tanti sono i gradi quante sono le generazioni per cui un discendente* proviene *da un ascendente;* e in linea collaterale *che sono tanti i gradi quante sono le generazioni necessarie per l'esistenza di due persone partendo dallo stipite comune:* le quali due regole si possono anche esprimere come segue: *tot sunt gradus quot sunt personae generatae*, restando con ciò escluso lo stipite comune (*e*). Diversi nomi assumono i consanguinei secondo i diversi gradi (*f*), come si può rilevare dalla Tavola I. in cui compariscono gli ascendenti e discendenti fino al sesto grado inclusivamente coi rispettivi loro nomi. I consanguinei più lontani si chiamano col nome generico di maggiori e di posteri (*majores et posteri*). Il fratello del padre si appella *patruus*, quello della madre *avunculus*; la sorella del padre *amita*, quella della madre *matertera*; i figli di due fratelli si dicono *patrueles*, i figli di un fratello e quelli di una sorella dal lato paterno *amitini*, quelli di un fratello e di una sorella dal lato materno, come altresì quelli di due sorelle, *consobrini;* sebbene *consobrini* si chiamino ordina-

(*f*) fr. 101 § 2, fr. 128 D. L. 16 *De verb. sign.* — tit. C. IV, 42 *De eunuchis.*

(*g*) fr. 39 § 1 D. XXIII, 3 *De jure dot.* — fr. 6 pr. § 1 D. XXVIII, 2 *De liber. et posth.* — fr. 6 § 12, fr. 7 D, XXI. 1 *De Aed. edict.* — fr. 2 § 1, fr. 40 § 2 D. I, 7 *De adopt.*

(*h*) fr. 113 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*a*) fr. 4 § 1, fr. 10 § 1 D. XXXVIII, 10 *De gradib. et affin.* Tomaso Dolliner espose nel modo il più chiaro i rapporti di consanguinità ed affinità nel suo *Manuale del Diritto matrimoniale vigente nell'Austria*, T. I, § 53-58 e 61-63, Vienna 1813.

(*b*) Il complesso di più persone della stessa linea si dice stirpe (*stirps*). Seuffert § 44 dell'opera citata.

(*c*) fr. 10 § 9 D. eod.

(*d*) fr. 10 § 10 D. eod.

(*e*) fr. 1 § 3-7, fr. 3 pr. § 1 D. eod.

(*f*) fr. 10 § 11 seq. D. eod.

riamente tutte queste tre ultime specie. Si rileverà pure dalla medesima tavola, non esservi primo grado che nella linea retta (fra padre e figlio); cominciare le linee collaterali immediatamente dal secondo grado (tra fratelli e fratelli); essere gli zii e le zie congiunti coi loro nipoti in terzo grado; i cugini in quarto ec. ec.

Restano a fare intorno ai consanguinei collaterali le seguenti osservazioni: 1. I fratelli e le sorelle sono detti *germani*, o *bilaterali*, se hanno comuni amendue i genitori: altrimenti si chiamano *consanguinei* se discendono dallo stesso padre, *uterini*, se dalla stessa madre (*g*).

2. Rapporto a quelli che non derivano che mediatamente dallo stipite comune, tengono loro luogo di genitori quelli che discendono immediatamente dal medesimo; il che secondo l'uso moderno si addimanda *respectus parentelae* (*h*).

3. Avviene talvolta che due persone siano congiunte per doppii legami di consanguinità, il che si verifica se alla naturale si aggiunge la parentela civile, come p. e. nel caso che l'avo materno adotti il suo nipote (*i*), oppure se due persone già consanguinee per un rapporto lo diventino ancor per un altro: il che può succedere in tre modi:

1. Se due persone consanguinee procreano un figlio: così p. e. se i due cugini *a* e *b* (Tav. II) generano *c*, sarebbe *d* riguardo a *c* avo per parte paterna, e *avunculus magnus* per parte materna.

2. Se due persone di una famiglia contraggono matrimonio con due di un'altra, e generano dei figli: così se p. e. (Tav. III) il padre *a* e il figlio *b* sposano le sorelle *c d*, i figli procreati in questi due matrimonii sono doppiamente consanguinei, essendo *e* riguardo ad *f* zio dal canto paterno, e cugino dal lato materno.

3. Se uno sposa due persone consanguinee fra loro, e ne ha prole. Prendendo quindi (Tav. IV) *a* dopo la morte di sua moglie *b* la di lei sorella *c*, *d* ed *e*, procreati in questi due matrimonii, sono fratelli per parte paterna, e cugini per parte materna (k). Essendo alcuno congiunto con una persona in tre linee, ha luogo una triplice consanguinità, ecc. Il battesimo è fondamento della così detta *cognatio spiritualis* fra il figlioccio e il patrino § 125 *z*.

§ 64. *Differenza fra agnati e cognati.*

Vuolsi, secondo il Gius romano, distinguere accuratamente gli *agnati* dai *cognati*, giacchè non tutti i consanguinei sono ad un tempo stesso *agnati*, ma solo quelli fra essi cui stringe il vincolo civile della stessa famiglia, o perchè sono soggetti alla medesima paterna autorità, o perchè ve lo furono sino alla morte del padre di famiglia, o perchè ve lo sarebbero stati, se il genitore comune non fosse mancato ai vivi (*a*). Da questa definizione emerge, non poter l'agnazione originarsi che da un legittimo matrimonio o dall'adozione, e quindi so-

(*g*) § 3 in fin. *Instit.* III, 2 *De legit. agnat. success.* — c. 27 C. III, 28 *De inoff. test.*

(*h*) § 5 *Instit.* I, 10 *De nupt.* — fr. 39 D. XXIII, 2 *De ritu nupt* Tali son gli zii e le zie, i prozii e le prozie. Confr: Günther I, § 107.

(*i*) La consanguinità civile è quella che deriva dall'adozione (§ 141), fr. 4 § 2 D. XXXVIII, 10.

(*k*) Kaufman III § 150. — de Wenning I, 1 § 86.

(*a*) fr. 195 § 2 D. L, 16 *De verb. signif.* — fr. 10 § 1-4 D. XXXVIII, 10 *De gradibus.* Gli agnati soli potevano nei tempi antichi succedere ab intestato. Gaj. III § 10, 24. — Ulp. XXVI, 1; locchè però fu tolto dalle Leggi posteriori, Nov. 118, c. 4, dimodochè l'agnazione, dall'adozione (§ 145) e dall'estinzione della patria potestà in fuori (§ 152-154), nel resto non è più di alcuna importanza.

lo per discendenza dai maschi (*b*), non chè cessare la stessa colla *capitis deminutio minima* (*c*). *Famiglia* è detta l'unione degli *agnati:* in senso stretto però non s'intende per famiglia che quell'unione d'individui che sono soggetti all'autorità di un padre di famiglia (*d*).

§ 65. *Dell'affinità.*

L'affinità (*affinitas*) è l'unione di un conjuge coi più prossimi consanguinei dell'altro (*a*). Gli affini più prossimi si chiamano suocero e suocera (*socer, socrus*), genero e nuora (*gener, nurus*), patrigno e matrigna (*vitricus, noverca*), figliastro e figliastra (*privignus, privigna*); il fratello del marito si chiama *levir*, la sorella *glos* (*b*). Anche nell'*affinità* ha luogo il così detto *respectus parentelae* (*c*). L'*affinità* non si misura, è vero, per gradi (*d*), ma tuttavolta vale per analogia la regola *che nel grado in cui taluno è consanguineo con un conjuge, egli viene ad essere nello stesso grado affine coll'altro conjuge* (*e*).

§ 66. *Della religione.*

Introdotto il cristianesimo, le Leggi romane nello statuire i diritti dei privati ebbero talvolta riguardo alla religione, in rapporto alla quale si distinguono cristiani e non-cristiani, e fra quest'ultimi in singolar modo gli apostati (*a*) e gli ebrei (*b*). I cristiani o sono ortodossi, o eretici (*c*). Gli ebrei sono a miglior condizione degli apostati ed eretici, reggendosi quelli col Gius comune dei Romani (*d*), mentre gli apostati sono incapaci di fare disposizione di ultima volontà od acquistare per essa (*e*), nonchè di donare validamente (*f*); il che vale pure pei manichei, pei donatisti (*g*) e pegli anabattisti (*h*). Quanto agli altri eretici, essi sono almeno ristretti in ciò, che non possono acquistare per una disposizione di ultima volontà (*i*). I manichei poi e i donatisti erano considerati come i più riprovevoli di tutti gli eretici, ed erano quindi incapaci di conchiudere qualsiasi contratto (k).

§ 67. *Dell'onore civile* (*a*).

La *stima civile* (*existimatio*) è quello stato, in cui il cittadino romano gode per le leggi e per le consuetudini l'intiera sua dignità, in quanto non la scema o affatto distrugge con qualche trascorso (*b*). La distrugge colla *capitis diminutio maxima et media*, la scema incorrendo per qualche causa legittima nella dichiarazione d'infamia (*infamia civilis*). Diverse sono le cause dell'infamia, la quale è detta *immediata*, se per legge vi s'incorre *ipso facto* appena commessa l'azione infamante (*c*), e *me-*

(*b*) fr. 10 § 2, 4 D. XXXVIII, 10. Quindi il figlio di una sorella è bensì mio consanguineo, o cognato, ma non già mio agnato. § 1 *Inst.* 1, 15 *De legit. agnat. tutel.*

(*c*) Un figlio emancipato cessa perciò di essere agnato di suo padre. § 3 *Instit.* I, 15 eod.

(*d*) fr. 195 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*a*) fr. 4 § 8 D. XXXVIII, 10. — Warnhoenig *Comm.* I, n. 54.

(*b*) fr. 4 § 6 D. eod.

(*c*) fr. 4 § 7 D. eod.

(*d*) fr. 4 § 5 D. eod.

(*e*) f. 10 pr. D. eod.

(*a*) C. I, 7 *De apostatis.*

(*b*) C. I, 9 *De judaeis.*

(*c*) C. I, 5 *De haeret.*

(*d*) c. 8 C. I, 9. Ma non si può contrarre legittimo matrimonio fra cristiani ed ebrei, nè si ammettono ebrei od eretici a deporre in Giudizio contro ortodossi c. 21 C. I, 5 *De haeret.*

(*e*) c. 2, 3 C. I, 7 *De apostat.*

(*f*) c. 4 C. eod.

(*g*) c. 4 § 2, 3, 5 C. *De haeret.*

(*h*) c. 3 C. I, 6 *Ne sacrum baptism.*

(*i*) c. ult. C. 1, 5 *De haeret.* in unione alla c. 19 C. eod.

(k) c. 4 § 3 C. eod.

(*a*) C. G. Hübner *Sull'onore e l'infamia*, Lipsia 1800. E. F. Hagemeister *Sull'infamia e mancanza d'onore*, nel *Magaz. civile* di Hugo III, n. 8. Marezoll *Sull'onore civile*, Giessen 1824.

(*b*) fr. 5 § 1-3 D. L, 13 *De extraord. cogn.*

(*c*) Di questo numero sono le vedove che si ma-

lo per discendenza dai maschi (*b*), non chè cessare la stessa colla *capitis deminutio minima* (*c*). *Famiglia* è detta l'unione degli *agnati:* in senso stretto però non s'intende per famiglia che quell'unione d'individui che sono soggetti all'autorità di un padre di famiglia (*d*).

§ 65. *Dell'affinità.*

L'affinità (*affinitas*) è l'unione di un conjuge coi più prossimi consanguinei dell'altro (*a*). Gli affini più prossimi si chiamano suocero e suocera (*socer, socrus*), genero e nuora (*gener, nurus*), patrigno e matrigna (*vitricus, noverca*), figliastro e figliastra (*privignus, privigna*); il fratello del marito si chiama *levir*, la sorella *glos* (*b*). Anche nell'*affinità* ha luogo il così detto *respectus parentelae* (*c*). L'*affinità* non si misura, è vero, per gradi (*d*), ma tuttavolta vale per analogia la regola *che nel grado in cui taluno è consanguineo con un conjuge, egli viene ad essere nello stesso grado affine coll'altro conjuge* (*e*).

§ 66. *Della religione.*

Introdotto il cristianesimo, le Leggi romane nello statuire i diritti dei privati ebbero talvolta riguardo alla religione, in rapporto alla quale si distinguono cristiani e non-cristiani, e fra quest'ultimi in singolar modo gli apostati (*a*) e gli ebrei (*b*). I cristiani o sono ortodossi, o eretici (*c*). Gli ebrei sono a miglior condizione degli apostati ed eretici, reggendosi quelli col Gius comune dei Romani (*d*), mentre gli apostati sono incapaci di fare disposizione di ultima volontà od acquistare per essa (*e*), nonchè di donare validamente (*f*); il che vale pure pei manichei, pei donatisti (*g*) e pegli anabattisti (*h*). Quanto agli altri eretici, essi sono almeno ristretti in ciò, che non possono acquistare per una disposizione di ultima volontà (*i*). I manichei poi e i donatisti erano considerati come i più riprovevoli di tutti gli eretici, ed erano quindi incapaci di conchiudere qualsiasi contratto (k).

§ 67. *Dell'onore civile* (*a*).

La *stima civile* (*existimatio*) è quello stato, in cui il cittadino romano gode per le leggi e per le consuetudini l'intiera sua dignità, in quanto non la scema o affatto distrugge con qualche trascorso (*b*). La distrugge colla *capitis diminutio maxima et media,* la scema incorrendo per qualche causa legittima nella dichiarazione d'infamia (*infamia civilis*). Diverse sono le cause dell'infamia, la quale è detta *immediata,* se per legge vi s'incorre *ipso facto* appena commessa l'azione infamante (*c*), e *me-*

(*b*) fr. 10 § 2, 4 D. XXXVIII, 10. Quindi il figlio di una sorella è bensì mio consanguineo, o cognato, ma non già mio agnato. § 1 *Inst.* 1, 15 *De legit. agnat. tutel.*

(*c*) Un figlio emancipato cessa perciò di essere agnato di suo padre. § 3 *Instit.* I, 15 eod.

(*d*) fr. 195 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*a*) fr. 4 § 8 D. XXXVIII, 10. — Warnhoenig *Comm.* I, n. 54.

(*b*) fr. 4 § 6 D. eod.

(*c*) fr. 4 § 7 D. eod.

(*d*) fr. 4 § 5 D. eod.

(*e*) f. 10 pr. D. eod.

(*a*) C. I, 7 *De apostatis.*

(*b*) C. I, 9 *De judaeis.*

(*c*) C. I, 5 *De haeret.*

(*d*) c. 8 C. I, 9. Ma non si può contrarre legittimo matrimonio fra cristiani ed ebrei, nè si ammettono ebrei od eretici a deporre in Giudizio contro ortodossi c. 21 C. I, 5 *De haeret.*

(*e*) c. 2, 3 C. I, 7 *De apostat.*

(*f*) c. 4 C. eod.

(*g*) c. 4 § 2, 3, 5 C. *De haeret.*

(*h*) c. 3 C. I, 6 *Ne sacrum baptism.*

(*i*) c. ult. C. 1, 5 *De haeret.* in unione alla c. 19 C. eod.

(k) c. 4 § 3 C. eod.

(*a*) C. G. Hübner *Sull'onore e l'infamia*, Lipsia 1800. E. F. Hagemeister *Sull'infamia e mancanza d'onore*, nel *Magaz. civile* di Hugo III, n. 8. Marezoll *Sull'onore civile*, Giessen 1824.

(*b*) fr. 5 § 1-3 D. L, 13 *De extraord. cogn.*

(*c*) Di questo numero sono le vedove che si ma-

ed infungibili, singole e complessive, divisibili ed indivisibili, principali ed accessorie, finalmente in cose di pertinenza di alcuno e in cose di nessuno. Noi tratteremo di tutte queste divisioni nell'ordine qui esposto.

§ 72. *Delle cose fuori di commercio.*

Fuori di commercio sono, pel Gius delle Genti e per la loro natura, le cose comuni e le pubbliche (*res communes et publicae*), e pel Gius divino o santo le così dette *res divini juris* (*a*). Cose comuni a tutti (*res communes*) sono quelle di cui nessuno ha la proprietà, ma tutti hanno l'uso, come l'aria, le correnti d'acqua, il mare e i suoi lidi (*b*). Laonde ognuno ha il diritto di navigare sul mare, di pescarvi e di erigere a tale oggetto capanne (*c*) ed altri edificii lungo alla riva (*d*); senzacchè tuttavia il suolo diventi perciò proprietà di chi vi ha fabbricato sopra, e resta quindi libero ad ognuno, levata la capanna o l'edifizio, di fabbricare nel luogo stesso (*e*). Gli animali poi del mare e dell'aria, come altresì le fiere della terra, non sono cose fuori di commercio, ma sono così dette *res nullius*, che diventano proprietà di quello che primo se n'impadronisce; locchè vale pure delle pietre, delle gemme e di tutto ciò (*f*) che si trova sul lido del mare (*g*). Cose pubbliche (*res publicae*) sono in senso proprio (*h*) quelle di cui la proprietà è presso il popolo, e l'uso presso ogni singolo (*i*), come per esempio le strade, i luoghi pubblici, i fiumi (k), i porti e le rive: quest'ultime possono bensì passare in proprietà di privati, ma giammai cessare di servire agli usi del pubblico (*l*).

Le cose di Diritto divino (*juris divini*), altre sono sacre (*res sacrae*), altre sante (*sanctae*), altre religiose (*loca religiosa*). Cose sacre sono quelle che furon consacrate solennemente al culto divino, come i tempii e i vasi sacri (*m*), che non si potevano vendere che a riscatto dei prigionieri o per suffragio dei poveri (*n*). Cose sante si chiamavano quelle poste sotto la salvaguardia speciale delle leggi per esser guardate da ogni lesione, come erano le mura e le porte delle città di cui ogni violazione era severamente punita e perfino non sempre permessa la riparazione (*o*). *Loca religiosa* sono, in ultimo, quei luoghi in cui taluno sotterra un morto, avendone il diritto (*p*). Se le singole parti del cadavere vennero in differenti siti sepolte, è religioso soltanto quel luo-

(*a*) fr. 34 § 1 D. XVIII, 1 *de contr. emt.*
(*b*) fr. 2 D. I, 8 *de divis. rer.*
(*c*) fr. 4 pr., fr. 5 § 1 D. eod.
(*d*) fr. 1 § 18 D. XXXIX, 1 *de nov. oper. nunc.* Ma ciò cessa di esser lecito ogniqualvolta porti incomodo ai terzi, fr. 50 D. XLI, 1 *de adqui. rer. dom.* Non osta il § 1, *Instit.* II, 1, *de rer. divis.*
(*e*) fr. 14 D. XLI, 1 *de adquir. rer. dom.*
(*f*) § 12 *Instit.* II, 1. — fr. 3. D. I, 8. Si raccoglie tanto da questi citati, che da quelli della nota *d*, che si può benissimo appropriarsi parti di cose comuni a tutti, purchè con ciò non si rechi danno a nessuno.
(*g*) La riva del mare si estende fin laddove arriva la marea più grande d'inverno, § 3 *Instit.* II, 1.

(*h*) In senso lato fa parte delle cose pubbliche anche il patrimonio del popolo (*patrimonium populi*), il cui uso non è concesso ai singoli, come p. e. gli stabili pubblici, e tutti i pubblici redditi (§ 82), fr. 6 pr., D. XVIII, 1 *de contr. emt.*
(*i*) fr. 6 pr. D. eod. — § 2-4 *Instit.* II, 1.
(*k*) fr. 1, § 3 D. XLIII, 12 *de flumin.*
(*l*) § 4 *Instit.* II, 1. — fr. 5 pr. D. I, 8. — fr. 30 § 1 D XLI, 1.
(*m*) fr. 9 § 1, 2 D. I, 8. Le cose dedicate alla divozione privata non s'annoverano fra le sacre, fr. 6 § 3 D. I, 8.
(*n*) fr. 9 § 5 D. I, 8. — § 8 *Instit.* II, 1 — c. 22 C. I, 2 *de sacros. Eccles.* — Novell. 120, c. 10.
(*o*) fr. 8, fr. 9 § 3, 4 D. I, 8. — § 10 *Instit.* II, 1.
(*p*) fr. 6 § 4 D. I, 8. Seppellendosi quindi il cadavere in un'area altrui senza il consenso del proprietario, oppure anche in un luogo proprio, ma solo per breve tempo, il luogo non diviene con ciò religioso. § 9 *Instit.* II, 1. — fr. 40 D. XI, 7 *de religios.*

go dove si custodisce il capo (*q*). Non rende religioso il luogo l'erezione di un monumento, se non vi viene depositato anche il cadavere (*r*). Cessa il luogo di essere religioso, tostochè il cadavere ne fu legalmente portato via (*s*), oppure il luogo cadde in mano degl'inimici (*t*).

§ 73. *Delle cose corporali ed incorporali.*

Sono corporali (*res corporales*) quelle cose che si possono di lor natura toccare, cioè quelle che cadono sotto i sensi; mentre le incorporali (*res incorporales*) non si possono percepire che coll'intelletto (*a*). Di quest'ultima specie sono tutti i diritti e rapporti giuridici, solo però in quanto si computano fra i beni e sono suscettibili di stima (*b*); e tutti inoltre i generi (*c*) e le quantità (*genera et quantitates*) (*d*).

§ 74. *Delle cose mobili ed immobili.*

Cose mobili (*res mobiles*) sono quelle che, salva la loro sostanza, possono trasportarsi da un luogo all'altro. Secondochè questa trasposizione si effettua solo per forza esterna oppure anche per interna, le cose sono mobili in senso stretto, o semoventi: appartengono alle ultime, giusta il Gius romano, non solo le bestie, ma ben anche gli schiavi (*a*). Le bestie altre sono fiere (*bestiae ferae*), e queste fuggono il consorzio degli uomini e vagano liberamente; altre sono mansuete (*mansuetae*) e vivono in comunità cogli uomini; altre in ultimo mansuefatte (*mansuefactae*), e queste, originariamente fiere, furono coll'arte indotte ad accomunarsi coll'uomo, e vengono annoverate fra le mansuete finchè restano presso di lui (*b*). Anche le api, i colombi e i pavoni si annoverano tra le fiere, comechè la loro natura comporti che sieno loro destinate sedi, dalle quali *ex consuetudine volare et revolare solent* (*c*). Immobile (*res immobilis*) è il suolo, e tutto ciò che vi è congiunto, e quindi anche gli edifizii (*d*). Si chiama *praedium rusticum* nelle Leggi romane un fondo senza edifizii; e *praedium urbanum* qualsiasi edifizio, sì in città che in campagna (*e*).

§ 75. *Delle cose fungibili e non fungibili* (*a*).

Sono cose fungibili (*res fungibiles*) quelle in cui non si ha riguardo ad una determinata specie (*species*), ma soltanto alla quantità e qualità di un determinato genere (*genus*); dimodochè ci è indifferente se ci venga da-

(*q*) fr. 44 D. XI, 7 eod.
(*r*) fr. 6 § 1 D. eod. — fr. 6 § 5. fr. 7 D. I, 8.
(*s*) fr. 44 § 1 D. XI, 7. — c. 14 C. III, 44 *de religios.*
(*t*) fr. 36 D. XI, 7. Da un tal citato risulta inoltre che anche le cose sacre cessano di esser tali subitochè l'inimico se ne sia impossessato.

(*a*) pr. § 1, 2 *Inst.* I, 2 *de reb. corp. et incorp.*
(*b*) Warnkönig *Comm.* I, n. 70 — de Wening I, § 144.
(*c*) Un genere (*genus*) è una cosa incerta, p. e. un cavallo, e il suo opposto una specie (*species*) certa dello stesso genere, p. e. il cavallo Bucefalo, Confr. fr. 54 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 2 § 3 D. XII, 1 *de reb. cred.*
(*d*) fr. 34 § 5 D. XXX *de legat.* 1. — fr. 94 D. XLV, 1. — fr. 5 pr. D. XXV, 1 *de impens. in rem dot.* Nei due primi citati si raffrontano cose corporali a quantità, e nell'ultimo cose corporali a denaro. D'opinione diversa è A. Buchholtz nei suoi *Saggi*, Berlino 1831, n. 1. — Confr. § 421 a. di quest'opera.

(*a*) fr. 93 D. L, 16 *de verb. sign.*
(*b*) fr. 1 § 6 D. III, 1 *de postul.*
(*c*) § 12-16 *Inst.* II, 1 *de rer. divis.* - fr. 5 § 1-6 D. XLI, 1 *de adq. rer. dom.*
(*d*) fr. 1 pr. D. XIII, 3 *de condict. tritic.* — fr. 15 § 1 D. II, 8 *Qui satisdare cog.* — fr. 1 § 3, 4 D. XLIII, 16 *De vi.* Anche i frutti pendenti sono immobili, fr. 44 D. VI, 1 *De rei vind.*
(*e*) fr. 115, fr. 198 D. L, 16 *De verb. signif.* Tuttavia queste parole vengono usate in un altro significato nel Diritto di pegno legittimo, fr. 4 D. XX, 2 *In quib. caus. pign. tacit.* (§ 247 a).

(*a*) Confr. Warnkönig *Comm.* I, n. 73. — de Wening I § 116 — Mackeldey § 149.

ta una cosa piuttosto che l'altra, purchè sieno della stessa qualità o quantità. Che se si vuole proprio quella data cosa, e non un'altra della stessa specie essa, è data allora non fungibile (*non fungibilis*), p. e. la mia casa (*b*). Si denominano *fungibili* in un altro senso (*c*) anche quelle cose che si consumano immediatamente per l'uso che altri ne fa, in tutto o nella parte adoperata: più rettamente però si dicono consumabili (*consumtibiles*), e in caso opposto *non consumabili*. Siccome la maggior parte delle cose che si smerciano a numero, misura e peso, o si consumano per l'uso, o perdono per esso di valore; così si chiamano spesso *fungibili* o *non fungibili* le cose consumabili o non consumabili, ad onta che sia manifesto che quella cosa ch'è fungibile in un senso, non lo è già sempre nell'altro; così p. e. più copie di un'opera della stessa edizione sono bensì *fungibili*, ma non già *consumabili*. Più ancora: la stessa cosa, secondo il diverso uso che altri ne vuole fare, può essere ora *fungibile*, ed ora no. Così se io compro un cavallo, perchè mi quadra avere quello e non un altro, esso sarebbe una cosa *non fungibile:* ma se all'incontro mi basta avere un cavallo qualunque, esso sarebbe *fungibile*.

§ 76. *Delle cose singole e complessive* (*a*).

Una cosa composta di tali parti che non si possano distinguere le une dalle altre, si chiama singola (*res singularis*); e complessiva (*res universa, universitas*) quella che si compone di più cose singole le quali sogliono riguardarsi come un tutto ed indicarsi con un nome solo. Le *cose complessive* constano di parti unite, oppure staccate. Nel primo caso si chiamano connesse (*res connexae*), p. e. una casa, una nave; e molti le risguardano come *cose singole*, ma nel testo della Legge vengono spesso nominate *universitas, res universa* (*b*). Nel secondo caso, cioè se più cose disunite vengono contrassegnate con un nome solo e si riguardano per una cosa sola in cui non si ha riguardo alle singole parti ma solo all'intiero, allora la maggior parte dei Giureconsulti danno soltanto ad una tal cosa il nome di *universitas, universitas facti; p. e.* una greggia, un fondaco (*c*). Se una *universitas* costituisce l'intiera facoltà di un individuo, essa si denomina *universitas juris* (*d*): tali sono la eredità, ossia tutto il patrimonio di un defunto, e il peculio, ossia il patrimonio di una persona soggetta alla potestà di un terzo. Ma tanto la eredità quanto il peculio si chiamano *universitas* solo in quanto in esse si ha riguardo all'insieme, e non anche alle singole parti; e allora vale a lor riguardo la regola *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, per cui quegli a cui spetta l'intiero,

(*b*) fr. 2 § 1 D. XII, 1 *De rebus cred.* — fr. 42 D. XXIII, 3 *De jure dot.*

(*c*) § 2 *Instit.* II, 4 *De usufr.* — fr. 1, fr. 5 § 1, 2 D. VII, 5 *De usufr. ear. rer.*

(*a*) Hasse sulla *universitas juris et rerum* nell'*Archiv. per la Prat. civ.* V. n. 1, e Warnkönig nello stesso *Archiv.* XI, n. 9 e nel suo *Comment.* I, 73.

(*b*) fr. 30 D. X, 2 *Famil. ercisc.* — fr. 30 pr. D. XLI. 2 *De adq. vel amitt. poss.* — Confr. anche fr. 30 pr. D. XLI, 3 *De usurp.* — fr. 23 pr. D. eod.

(*c*) fr 70 § 3 D. VII, 1 *De usufr.* La biblioteca di un librajo è una *Universitas* come qualunque altro magazzino; ma non sarebbe tale secondo l'addotta definizione la biblioteca di un privato o di un letterato, poichè questi ha riguardo ai singoli libri in essa contenuti.

(*d*) Hasse ha già dimostrato nella *Diss.* citata, che la divisione in *universitatis juris et facti* non è fondata nei fonti. L'eredità e il peculio forman in regola, è vero, una *universitas;* ma si chiama *universitas juris* in opposizione al testo della Legge.

può ripetere tutto ciò che successe nel luogo degli oggetti appartenenti alla *universitas;* il che si verifica rispetto alla eredità, allorchè taluno pretende di essere l'erede universale (§ 299) (*e*); e riguardo al peculio, s'esso passa in taluno similmente come successore universale (*f*), o s'esso venne legato come un tutto (*g*), o se per ultimo per averlo è stata promossa l'*actio de peculio* (*h*) (§ 609) o l'*actio tributoria* (§ 608) (*i*). Avuto quindi riguardo al testo della Legge non è da ammettersi la divisione in *universitas juris* e *facti*, e per cosa complessiva non si deve intendere che l'unione di più *cose singole*, in quanto si risguarda solo all'intiero, non già alle singole parti (*k*). Ciò posto, e ritenuta questa restrizione, sono cose complessive: 1. le cose connesse, come una casa, una nave; 2. una greggia, un fondaco, una biblioteca, ed altre simili cose messe insieme da qualcheduno; 3. l'eredità ed il peculio.

§ 77.

Delle cose divisibili ed indivisibili.

Si distinguono inoltre le cose in divisibili, ed indivisibili (*res dividuae, individuae*) secondochè sono suscettibili o meno di una divisione fisica, o almeno giuridica. La divisione si chiama fisica, se ogni parte forma un tutto separato (*pro diviso*) e giuridica, se ciascun socio non ha che una parte ideale (*pro indiviso*) (*a*). Si possono dividere sì in un modo che nell'altro gl'immobili, i generi (*b*) e le quantità (*c*): I diritti e le cose mobili (*d*) non sono suscettibili che di una divisione ideale. Sono incapaci di qualsiasi divisione le servitù (*e*), eccettuato l'usufrutto (*f*), e in regola le obbligazioni, se hanno per oggetto una azione (*g*).

§ 78.

Cose principali ed accessorie (*a*).

Si dice *cosa principale* quella che sussiste da sè indipendentemente da altre (*res principalis*), ed accessoria (*res accessoriae, causa rei, pertinentiae*) tutto ciò ch'è connesso in modo colla cosa principale che si debba tenere per una parte di essa, e che stia quindi colla medesima in un rapporto di dipendenza: tali sono anche i frutti e le spese impiegate intorno ad una cosa.

§ 79.

Delle pertinenze in senso lato.

Pertinenza o accessione (*pertinentiae*) (*a*) si dicono quelle cose le qua-

(*e*) fr. 20 § 1, 2, 12, fr. 22, D. V, 3 *De hered. petit.*
(*f*) fr. 20 § 10 D. eod. Vedi in Hasse l'interpretazione di questo citato, *Diss.* pag. 57.
(*g*) fr. 6, fr. 8 pr. D. XXXIII, 8 *De pecul. leg.*
(*h*) fr. 40 D. XV, 1 *De peculio.*
(*i*) fr. 5 § 5-11 D. XIV, 4 *De tribut. act.*
(*k*) Da una tale definizione emerge da sè, che può aver luogo un cambio delle singole cose contenute nella *universitas*, sia per loro natura sia per la loro destinazione, senzachè il complesso, come tale, venga a cessare; nel che Spangenberg nella *Temi* II, 2, p. 358 fa consistere propriamente il concetto di *universitas.*

(*a*) fr. 25 § 1 D. L, 16 *De verb. sign.* — fr. 8 D. VI, 1 *De rei vind.*
(*b*) fr. 54 pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.*
(*c*) fr. 29 in fin. D. XLVI. 3 *De solut.*
(*d*) fr. 8 D. VI, 1. Ad eccezione delle cose fungibili, come emerge dalle note *b* e *c*.
(*e*) fr. 17 D. VIII, 1 *De servit.* — fr. 25 § 9, 10 D. X, 2 *Famil. ercisc.*
(*f*) fr. 1 § 9 D. XXXV, 2 *Ad leg Falc.*
(*g*) p. e. se si vuole erigere un'opera (*opus*), fr. 11 § 23 D. *De legat.* III, o se il contenuto dell'obbligazione è negativo, fr. 85 § 3 D. XLV, 1 *De verb, oblig.* oppure se fu promessa una sola opera, fr. 25 § 1 D. XXXVIII, 1 *De operis libert.* Vedi inoltre fr. 54 § 1 D. XLV, 1 *De verb. obl.*
(*a*) D. XXII, 1 *De usuris, et fructibus, et causis et omnibus accessionibus.*
(*a*) I Romani non adoperavano questa espressione, ma dicevano: *fundi, aedium est*, fr. 17 pr. D. XIX, 1 *De act. emt.* — Buchholtz nei suoi *Saggi* n. 6 definisce negativamente le pertinenze ed accessioni di una cosa, per tutto ciò che non è

li, tuttochè diverse per la loro natura dalla cosa principale, sono però con essa così connesse che ne formano parte. Pertinenze dei fondi sono: 1. Le servitù inerenti agli stessi (*b*); 2. tutto ciò ch'è congiunto col suolo, come gli alberi, le piante, i frutti pendenti, e gli edifizii (*c*). Ciò all'incontro che, senza esser congiunto con un fondo, è destinato all'uso continuo di esso (come p. e. un aratro, una marra ed altri utensili economici), non è pertinenza del medesimo (*d*), ad eccezione dei pali destinati a sostenere le viti, i quali, a fronte che fossero stati per alcun tempo allontanati dalla vigna, vi si risguardano tuttavia come congiunti. (*e*) È pertinenza di un edifizio non solo tutto ciò ch'è strettamente con esso unito, come, a cagione d'esempio, le piastre di marmo, le botti fisse nella terra e simili (*fixa vincta*, cioè tutto ciò ch'è fisso nella terra o nel muro, e ch' è assicurato con ferro o con chiodi), ma le cose eziandio destinate all'uso continuo dell'edifizio stesso, quand'anche non sieno con esso congiunte, come, a modo di esempio, le chiavi, le docce e simili, ben inteso però che se n'abbia già fatto uso (*f*); ma come pertinenze non si possono risguardare gli addobbi delle stanze, come p. e. i quadri appesi (*g*) o le altre suppellettili (*h*). Per giudicare se un edifizio sia pertinenza di un altro, o se un'area appartenga a questo o a quel fondo, bisogna principalmente considerare se essi sono congiunti o no, e se chi ne fu in addietro possessore se ne sia servito come di cose unite o meno (*i*). Sono pertinenza di una cosa immobile tutte in genere le cose destinate all'uso di essa (*k*). L'accessorio segue il principale; chi può quindi esigere questo, ha diritto di reclamare anche quello: in dubbio però, se una cosa sia un accessorio o no, incombe la prova all'affermante.

§ 80. *Dei frutti* (*a*).

Frutto (*fructus*), in senso proprio è ciò che viene prodotto dalla forza interna di una cosa, e che serve ordinariamente all'altrui godimento (*fructus naturales*) (*b*). Presa in senso lato, la parola frutto comprende anche l'utile derivante dall'uso che un terzo fa di una nostra cosa, come sono il

nè frutto nè spese. È vero che i frutti vengono spesso contrapposti all'accessione, ciò nonostante, finchè non sono separati dalla cosa principale, essi appartengono in senso lato alle accessioni e pertinenze, fr. 44 D. VI, 1 « *Fructus pendentes pars fundi videntur* » e le spese, come p. e. i bagni eretti sopra un fondo, fanno sempre parte dell'accessione, fr. 14 §2 D. XXV, 1 *De impens.*, si parla quindi solo in senso stretto dei frutti e delle spese, in quanto si tratta del loro rimborso. Conveniamo per altro con Buchholtz, che l'espressione *accessio* nei fonti non significhi soltanto una cosa accessoria, ma ben anche una persona accessoria e un diritto accessorio, fr. 91 § 4 D. XLV, 1 *De verb. obl.* — fr. 43 D. XLVI, 2 *De solut.* — fr. 71 pr. D. XLVI, 1 *De fid.*

(*b*) fr. 47 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*c*) fr. 44 D. VI, 1 *De rei vind.* — fr. 17 pr. D. XIX, 1 *De action. emt.* — fr. 16 pr. XX, 1 *De pign. et hyp.* Le così dette *ruta caesa* non sono pertinenze del fondo, perchè così si chiama ciò che fu tagliato o scavato dal suolo, ma che per anco non fu impiegato ad un uso determinato, fr. 241 D. L, 16 *De verb. signif.* — fr. 66 § 2 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*d*) fr. 21 D. XXXIII, 7 *De instr. leg.* — fr. 14 D. XXXIII, 10 *De suppell. leg.*

(*e*) fr. 17 § 11 D. XIX, 1 *De act. emt.*

(*f*) fr. 17 pr. § 7, 8, fr. 18 pr. fr. 38 § 2 D. XIX, 1. — fr. 76 pr. D XVIII, 1 *De contr. emt.* Anche queste cose non cessano di far parte del fondo, sebbene ne fossero state separate per qualche tempo, fr. 17 § 10 D. XIX 1. — fr. 242 § 4 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*g*) fr. 245 D. L. 16 eod.

(*h*) D. XXXIII, 10 *De suppell leg.*

(*i*) fr. 52 § 3 D. XIX, 1. — fr. 20 § 7 D. XXXIII, 7 *De instr. leg.*

(*k*) S'incontrano esempi di una nave nel fr. 44 D. XXI, 2 *De evict.*, e di uccelli nel fr. 66 D. *De legat.* III.

(*a*) D. XXII, 1 *De usur.* et *fruct.* - C. VII, 51 *De fruct.*

(*b*) fr. 37 *Instit.* II, 1 *de rer. divis.* — § 4 *Inst.* II, 5 *De usufr. et hab.* — fr. 77, 127, D. L, 16 *De verb. sign.*

censo e la pigione (*fructus civiles*) (*c*). Dall'addotta definizione emerge che non si può annoverare tra i frutti ciò che si trova in una cosa, ma che non è prodotto per forza interna di essa, come v. gr. un tesoro (*d*), come neppure quanto fu bensì prodotto da tale forza, ma di cui non si può fruire, come sarebbe il parto di una schiava (*e*). I frutti in senso proprio altri sono meramente naturali (*mere naturales*), se nascono unicamente per forza interna, come i parti degli animali, la lana, il latte; altri artificiali (*industriales*), se vengono prodotti coll'ajuto dell'industria umana, siccome i seminati (*f*). Si chiamano pendenti (*pendentes*) i frutti ancora attaccati alla cosa principale (*g*), e separati (*separati*) gli altri, e questi assumono in specialità il nome di *percetti* (*percepti*) se l'acquirente contribuì con qualche azione alla loro separazione (*h*): quelli che un diligente padre di famiglia avrebbe potuto percepire, e che non furono percetti, si appellano con voce latina *percipiendi* (*i*); *esistenti* (*extantes*) quelli che si trovano ancora in mano dello acquirente; consumati (*consumpti*) quelli che furono da lui già goduti o alienati (*k*).

§ 81. *Delle spese* (*a*).

Tutto ciò che s'impiega per una cosa si chiama spese (*impensae*); le quali sono: 1. necessarie, se servono ad impedire il deperimento o la deteriorazione della cosa (*b*); 2. utili, se sostenute per migliorare la cosa (*c*); 3. voluttuarie, se non si fecero che per abbellimento della cosa e per mero diletto (*d*). Tutti, ad eccezione *del ladro*, hanno diritto di farsi compensare le spese necessarie incontrate per la cosa altrui (*e*). Quelle voluttuarie si possono solo ritirare, in quanto ciò può avvenire, senza ledere la sostanza della cosa principale, e supposto che a chi le riprende rechino qualche vantaggio (*f*). Rispetto alle utili non si può in proposito del loro rimborso statuire alcuna regola generale: in massima non è a questo effetto accordata un'azione, e non resta che servirsi del *jus retentionis* (§ 182, n. 3) o della *exceptio doli* (*g*).

§ 82.
Beni privati, pubblici e comunali.

(Res nullius, e res alicujus).

L'ultima divisione delle cose è quella in *res nullius*, e in *res alicujus* (*a*). Diconsi cose private quelle appartenenti a persone private (*b*), cose pubbliche (*res publicae*) quelle di pertinenza del popolo, e comunali (*res*

(*c*) fr. 29 D. V, 3 *De hered. pet.* — fr. 62 pr. D. VI, 1 *De rei vind.* — fr. 59 § 1, D. VII, 1 *De usufr.* — fr. 19 pr., fr. 34, 36, fr. 38 § 13 D. XXII, 1 *De usufr.* — fr. 72 D. L, 17 *De reg. jur.*
(*d*) fr. 7 § 12 D. XXIV. 3 *Solut. matr.*
(*e*) fr. 37 *Instit.* II, 1 *De rer divis.* — fr. 28 § 1 D. XXII, 1 *De usur.*
(*f*) fr. 45 D. eod.
(*g*) fr. 44 D. VI, 1 *De rei vind.*
(*h*) fr. 13 D. VII, 4 *Quibus mod. usufr. amitt.* — fr. 25 pr. § 1 D. XXII, 1 — fr. 78 D. VI, 1 *De rei vind.*
(*i*) fr. 62 § 1 D. VI, 1 eod.
(*k*) § 35 *Instit.* II, 1; fr. 22 § 2 D. XIII, 7 *De pign. act.* — c. 22 C. III, 32 *De rei vind.*
(*a*) D. XXV, 1 *De impensis in rem dotalem factis.*

(*b*) fr. 79 pr. D. L, 16 *De verb. sign.* — fr. 1 § 1 D. XXV, 1 cit.
(*c*) fr. 79 § 1 D. L, 16 *De verb. sign.*
(*d*) fr. 79 § 2 D. eod. Se ne trovano esempi nei passi citati e nel fr. 14 D. XXV, 1 «*Impensae necessariae sunt . . . aggeres facere, aedificia vetera fulcire . . . utiles . . . pecora praediis imponere. Voluptuosae: balnea exstruere.*»
(*e*) c. 5 C. III, 33 *De rei vind.* — fr. 13 D. XIII; 1 *De condict. furt.* — c. 1 C. VIII, 52 *De infantibus expos,*
(*f*) fr. 38 D. VI, 1 *De rei vind.*
(*g*) fr. 48 D. VI, 1 eod.
(*a*) pr. *Inst.* II, 1 *De rer. divis.*
(*b*) Tali sono anche i beni del Principe, che gli appartengono come privato e che nei fonti sono detti *ratio Caesaris, res principis privatae, res dominicae.* c. 1 C. I, 33 *De off. comitt. rer. priv.* — c. 5, 6 C. XI, 67 *De agr. et mancip. domin.*

universitatis) quelle di una comunità o comune (*c*). Queste due ultime specie si chiamano in senso stretto cose pubbliche e comunali (*res publicae* e *universitatis* § 72, nota *h*), oppure beni pubblici e comunali, se n'è conceduto l'uso ai singoli cittadini o membri della comunità. Ma se un tale uso è permesso, ed esse invece vengono impiegate in altro modo a vantaggio comune, allora sogliono denominarsi oggigiorno patrimonio dello stato, della comunità (*patrimonium populi, universitatis*) (*d*). Le cose vacanti sono quelle che o non furono mai proprietà di alcuno, o cessarono di esserlo contro la volontà del proprietario, senza che però sieno passate in dominio di altri (*res nullius stricte tales*) (*e*), o alle quali il proprietario rinunziò senza cedere ad un terzo il suo dominio sovr'esse (*res derelictae* (*f*).

CAPITOLO IV.

Degli Atti civili.

§ 83. *Osservazione generale.*

Atti civili (*negotia*) diconsi quelle dichiarazioni di volontà con cui i cittadini erigono, modificano o tolgono dei rapporti giuridici. Vuolsi in essi distinguere la forma interna, ossia il loro tenore, e la forma esterna, ossia la solennità da osservarsi nell'intraprenderli. (*a*). Quanto alla forma interna, si danno requisiti essenziali, naturali ed accidentali. Essenziali diconsi quelli che sono necessariamente e inalterabilmente proprii di ogni sorta di negozj civili (*b*) o di quelli di una data specie (*essentialia negotiorum*). Le disposizioni che non sono essenzialmente, ma solo per legge, proprie di un atto civile di modo che si presumono come esistenti (*c*) finchè non sia provato che le parti nel conchiudere l'affare abbiano disposto altrimenti (*d*), ne formano i requisiti naturali. Le disposizioni finalmente di puro arbitrio, che per conseguenza non sono nè essenziali nè dalla legge presunte, chiamansi accidentali (*e*). Requisiti essenziali sono la capacità personale, un oggetto idoneo, ed un consenso libero e serio. La natura di ogni singolo atto e la legge c'insegnano quali sieno le disposizioni naturali. Fra le accidentali si annoverano specialmente le condizioni, le determinazioni di un tempo e di uno scopo, e il motivo.

SEZIONE I.

Della forma interna.

TITOLO I.

Requisiti essenziali degli atti civili.

§ 84. *Relativamente alla persona.*

Perchè un atto sia valido si richiede innanzi tutto la capacità personale d'intraprenderlo. Conseguentemente non possono fare atti validi gl'infan-

(*c*) § 6 *Instit.* II, 1 *De rer. div.* — fr. 6 § 1 D. I, 8 *De divers. rer.* In quanto per altro le così dette *res publicae* e *res universitatis* non sono proprietà di alcun privato, esse nei fonti si chiamano, come le cose di Diritto divino e quelle comuni, *res nullius, nullius in bonis* fr. 1 pr. D. I. 8 *De div. rer.* — fr. 51 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* Buchholtz nei suoi *Saggi* I, p. 70-72.

(*d*) p. e. campi pubblici, rendite e simili. Nel fr. 6 p. D. XVIII, 1 *De contr. emt.* si chiamano *pecunia populi*, e vengono contrapposti a quelle cose «*quae in publico usu habentur, ut Campus Martius.*»

(*e*) § 12, 18 *Inst.* II, 1 *De rer. div.*

(*f*) § 47 *Inst.* eod. — D. XLI, 7 *Pro derelicto.* Nei fonti sono dette *res pro derelictis habitae.*

(*a*) Güntheri *Principia jur. rom.* § 196 e 198. Noi ci atteniamo particolarmente a questo Autore ed a Makeldey § 158 e seguenti.

(*b*) fr. 31 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.*

(*c*) fr. 3 D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*d*) fr. 72 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*e*) Da ciò deriva il principio giuridico; *pacta dant legem contradictibus*, fr. 23 D. L, 17 Confr. per altro Hasse sulla prova della condizione sospensiva nel *Museo ren.* III, p. 134-143.

ti (*a*), i furiosi e mentecatti, a meno che non abbiano dei lucidi intervalli (*b*), e le persone in piena ubbriachezza, o talmente trasportate dall'ira o da qualche altra violenta passione da non essere più padrone di sè stesse (*c*).

§ 85. *Relativamente all'oggetto.*

L'oggetto deve essere tale che tanto per sua natura, quanto per legge altri ne possono disporre. È invalida quindi ogni disposizione intorno una cosa che più non esiste, o ch'è esclusa dal commercio, o che per legge non può esser soggetto di un atto valido (*a*). Sono medesimamente invalide, in regola, le disposizioni fatte intorno una cosa altrui, se non vi concorre il consenso del proprietario (*b*); e così pure non si può promettere l'opera di un terzo senza la di lui adesione. (Vedi § 487) (*c*).

§ 86. *Relativamente al consenso.*

L'ultimo requisito essenziale di ogni atto è il consenso; il quale o sussiste in effetto, o è presunto o finto dalla legge (*a*). Il consenso effettivo si dichiara espressamente con parole o altri segni, p. e. con moti che diano a conoscere immediatamente la volontà di chi li fa: o tacitamente, ossia con fatti da cui si possa arguire la volontà della parte. È indifferente in regola, che il consenso espresso sia a voce o in iscritto (*b*). Ma per pòter rettamente da uno o più fatti (*c*) accertarsi in via d'illazione del consenso di una persona, è necessario ch'essa sia totalmente al fatto del negozio in cui ha dato il suo conseuso (*d*), che da altre circostanze non risulti una volontà contraria, e che dai fatti non si possa argomentar altro se non che quegli che gl'intraprese, abbia con essi voluto esternare il suo fermo volere (*e*). L'antico assioma: *qui tacet consentire videtur,* preso nella sua generalità non è giusto (*f*), poichè dal semplice silenzio non si può presumere il consenso di un terzo se non quando poteva e doveva per le circostanze contraddire, ed esso non lo abbia fatto (*g*). Il consenso dato posteriormente alla conclusione di un

(*a*) § 10 *Inst.* III 19 (20) *De inutil stip.*
(*b*) § 8 *Inst.* eod. — fr 20 § 4 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — c. 2 C. IV, 38 *De contr. emt.*
(*c*) fr. 48 D. L, 17 *De reg. iur.* Tutte queste persone sono per la natura della cosa fisicamente incapaci di conchiudere un atto. Si dirà a suo luogo chi sia per legge incapace.

(*a*) fr. 7 § 16 D. II, 14 *De pactis.* — c. 5 C. I. 14 *De legibus.*
(*b*) c. ult. C. II, 3 *De pactis.* — c. 5, 6 C. IV, 51 *De reb alien. non alien.*
(*c*) fr. 63 D. XLVI, 1 *De fidejuss.*

(*a*) Fra una finzione (*fictio*) e una presunzione di diritto (*praesumptio juris*) v'è questa differenza, che per la prima si ammette il contrario di ciò che realmente è successo o non successo, mentre la seconda suppone ciò che ordinariamente suole avvenire; perlochè è ben possibile in questa una riprova, ma non mai in quella. Si leggono esempii di presunzioni legali nel fr. 40 § 4 D. III, 3 e fr. 2 § 2 D. XXIV, 2 *Solut. matr.*; di una finzione nel fr. 1 § 1, fr. 18 D. XXXV, 2 *Ad legem Falcid.* Ma anche una presunzione di diritto è talvolta di tal natura che non ammette riprova, e allora essa si chiama *presumptio juris et de jure,* come p. e. § 1 *Instit.* II, 12 *Quibus non est permissum facere testamentum.* La presunzione adunque in genere è l'ammissione di una proposizione per vera senza prove, perchè la medesima apparisce come conseguenza di un'altra proposizione già certa. Se la legge è quella che autorizza ad una tale ammissione, si ha una *praesumtio juris* o *juris et de jure* secondo la differenza sopra esposta. Che se non è la legge, ma soltanto la propria opinione e dottrina che c'induce a ritener senza prove per vera qualche cosa, allora si ha una *praesumtio hominis* o *facti*, come la chiamano i Giuristi, e questa è lecito ad ognuno il crearsela, ma non ha forza di legge.
(*b*) fr. 38, fr. 52 § 10 D. XLIV, 7 *De oblig. et action.*
(*c*) fr. 5 D. XLVI, 8 *Ratam rem haberi.*
(*d*) fr. 22 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.*
(*e*) fr 2 § 1, fr. 3, fr. 4, fr. 27 § 9, fr. 56 pr. D. II, 14. *De pactis.* — c. 2 C. II, 3 *De pactis.*
(*f*) fr. 142 D L, 17 *De reg. jur.*
(*g*) fr. 11 § 4 D. XI, 1 *De interrog. in jur.* — fr. 16 D. XIV, 6 *De Senatusc. Maced.* — fr. 63 D. XLII, 1 *De re jud.*

negozio civile, si chiama ratificazione (*ratihabitio*), ed essa in regola ha lo stesso effetto che il consenso originario (*h*). (Vedi però § 581, nota *d* in fine). Siccome la dichiarazione di volontà deve essere libera e seria, così si oppongono alla validità degli atti civili la ignoranza e l'errore, il dolo, la paura, la violenza e la simulazione. Noi tratteremo separatamente di ognuno di questi impedimenti.

§ 87.

Dell' ignoranza e dell' errore.

L' *ignoranza* è l'assoluta mancanza di cognizioni intorno a un oggetto, l'*errore* è una falsa cognizione di esso: l' una e l'altro hanno gli stessi effetti legali. Se l'errore o l' ignoranza hanno per oggetto una legge, si dicono, *error, ignorantia juris;* se un fatto, *error, ignorantia facti* (*a*). Intorno all' ignoranza ed all'errore valgono i seguenti principii:

I. In certi incontri l'errore, sia esso di diritto o di fatto, non ha alcun influsso, di modo che un atto ha gli stessi effetti, vi sia corso o no un errore. Ciò ha luogo:

1. In tutti quegli atti in cui la legge ammette certe conseguenze, non avuto riguardo alla volontà di quello a cui le medesime si riferiscono. Così, per cagione di esempio, il proprietario e l' inquilino di una abitazione sono responsabili del danno causato per essere stata gettata o versata qualche cosa fuori della lor casa, e ciò senza distinzione se essi medesimi, od altri, con loro saputa o senza, abbiano commesso quell'atto (*b*). In egual modo il proprietario di uno schiavo o di un animale deve risarcire il danno dai medesimi causato, sia che il danno sia stato prodotto o no di sua scienza (*noxia* § 578 e *pauperies* § 613: confr. anche § 599). Similmente non rileva che sia intervenuto o non intervenuto un errore, allorchè la legge stessa presuppone un tacito consenso, o in pena di un'azione od ommissione inconsiderata fa nascere o cessare un diritto. Di tal categoria sono specialmente i casi seguenti:

a. la perdita di un diritto per prescrizione, ossia pel decorso di un tempo continuo, passato il quale non può più esercitarsi un diritto, come a cagione di esempio, l'*actio doli,* trascorsi due anni;

b. il danno proveniente dall'adizione di una eredità passiva, fatta senza il benefizio dell' inventario (§ 364 nota *f*); dalla quale adizione i soli soldati e minori di età si possono liberare per mezzo della restituzione in intiero;

c. l'adempimento di un'obbligazione naturale non riprovata assolutamente (§ 457), oppur tale contro cui non si dia altro rimedio legale che un' eccezione o il *jus retentionis:* tanto nel primo che nel secondo caso non gioverebbe al debitore, che ha già pagato, lo scusarsi coll'addurre un errore (*c*);

d. tutti infine i casi del pegno legittimo, provenienti da un atto del debitore (*d*).

(*h*) fr. 12 § 4 D. XLVI, 3 *De solut. et lib.*

(*a*) D. XXII, 6 *De juris et facti ignor.* — C. I, 18 eod. Hufeland *Sullo spirito proprio del Diritto romano* I, p. 228. Mühlenbruch sull'*ignorantia juris et fact.* nell'*Archiv. per la prat. civ* II, n. 35.

(*b*) fr. 1 § 4 D. IX, 3 *De his, qui effuderint.*

(*c*) Così p. e. se uno fra più *fidejussori* pagò tutto il debito per errore trascurando la *exceptio divisionis* (§ 625 nota *e*) esso non può ripeter nulla, fr. 49 § 1 D. XLVI, 1 *De fidejuss.* — Confr. fr. 19 pr., fr. 64 D. XII, 6 *De cond. indeb.*

(*d*) Se p. e. taluno va debitore al fisco di qualche cosa a titolo di contratto, sarebbe inattendibile la eccezione ch' egli volesse far valere contro il diritto generale del fisco su tutti i beni del debitore dicendo che esso non sapeva che al fisco competeva un tale diritto di pegno Confr. § 246.

2. Richiesta dalla legge per la validità di un atto una certa forma, o rigettata una certa disposizione incondizionatamente; è nullo tanto l'atto che la disposizione, sia che abbia avuto o no luogo un errore (*e*).

3. Non è di nocumento l'errore per chi agisce bensì fraudolosamente, ma non contro la legge (*f*).

II. Basta invece in altri incontri riportarsi soltanto ad un errore di diritto o di fatto, per andar esente da tutte le dannose conseguenze di un atto. Così p. e.:

1. Se taluno per errore crede di esser tenuto a qualche cosa, *senza esserlo in nessun modo*, e rinunzia in questa credenza a dei diritti, o ne concede a taluno, ciò non gli reca alcun danno, finchè per il terzo non si verificano gli estremi necessarii per acquistare il diritto concesso o per escluderne quello che vi rinunziò: locchè si effettua colla prescrizione acquisitiva ed estensiva (*g*).

2. Ogni qual volta basta, a termini di legge, per ovviare a certi svantaggi la sola mancanza di mala fede, non reca alcun danno l'errore di fatto o di diritto (*h*).

III. Fuori di questi casi, conviene sempre distinguere fra l'errore di diritto e l'errore di fatto; nel che è da notare che le regole intorno ai differenti effetti dell'*ignorantia juris et facti*, si riferiscono solo a quel nocumento il quale colpisce immediatamente chi ha errato, non già anche all'obbligo di risarcire il danno illegalmente recato ad un terzo coll'errore, mentre rispetto a un tal danno valgono i principii della così detta *praestatio culpae* (§ 467) (*i*).

Nell'errore di fatto si deve distinguere s'esso versa sopra un fatto proprio, od altrui. L'errore di un fatto altrui (*facti alieni*) non pregiudica in regola (*k*), tranne il caso di evidente ignoranza, trattandosi p. e. di un fatto a tutti notorio (*l*): un tal errore è però scusabile, specialmente s'è invalso nel pubblico (*m*). L'errore di un fatto proprio (*error facti proprii*) all'opposto nuoce ognora (*n*), a meno che non sia scusabile per debolezza dell'umana memoria, referendosi p. e. il fatto, di cui si tratta, a un'epoca assai lontana (*o*).

Rispetto all'errore di diritto, si possono in genere stabilire le due seguenti regole:

1. Esso non reca alcun utile a chi ha in vista di ottenere un guadagno;

2. Nè produce alcun pregiudizio a chi per esso ha risentito o potrebbe risentire un danno positivo (*p*).

Un'eccezione dalla prima regola ha luogo soltanto rispetto a coloro i quali per le loro circostanze non poterono

(*e*) Così è invalido il matrimonio tra fratello e sorella, fra tutore e pupilla, sia che abbia avuto luogo o no un errore di fatto o di diritto. Confr. c. 1 D. V, 6 *De interdicto matrim.*

(*f*) fr. 9 § 4 D. XXII, 6.

(*g*) c. 8 C. I, 18 *De juris et factis ign.* In questo passo viene deciso che non abbia effetti legali la volontà di chi versa in errore (di diritto o di fatto), se venne istituito erede in un testamento invalido taluno che sarebbe successo come erede intestato, e s'esso eseguì l'emancipazioni ordinate nel testamento, fr. 79 D. *De legat.* II. Confr. Mühlenbruch § 3 e 8 nella *Dissert.* già citata.

(*h*) fr. 25 § 6 D, V, 3 *De hered. pet.* « *Scire autem, ad se non pertinere* (*hereditatem*), *utrum is tantummodo videtur*, *qui* factum scit, *an et is*, qui in jure *erravit? putavit enim recte factum testamentum, quum inutile erat, vel quum cum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri. Et non puto, hunc esse praedonem*, qui dolo caret quamvis in jure erret ».

(*i*) Mühlenbruch § 4 in principio.

(*k*) fr. 2 fr. 9 pr. D. XXII, 6 eod.

(*l*) fr. 9 § 2 D, XXII, 6 eod.

(*m*) fr. 3 pr, D, XIV, 6 *De senatusc. Maced.*

(*n*) fr. 7 D, XVI, 1 *Ad senatusc. Vellej.* — fr. ult. D, XLI, 10 *Pro suo.*

(*o*) fr. 22 D, XII, 6 *De condict. indeb.*

(*p*) fr. 7 fr. 8 D, XXII, 6, — c. 2, 3 C. I, 18 *De jur. et facti ign.*

ricevere alcuna istruzione in fatto di legge (*q*). In virtù della seconda regola, non solo non possiamo venire impetiti per ciò che abbiamo per error di diritto promesso (*r*); ma ci è eziandio facoltativo di ridomandare ciò che abbiamo già pagato o rimesso (*s*). Solo è da rimarcarsi che i Romani ad oggetto di non infirmare le dichiarazioni di ultima volontà risguardavano per lucro anche ciò che l'erede avrebbe potuto ritenere per sè, ma che per errore di diritto egli avesse prestato in conformità alle disposizioni del testatore: giacchè ciò non può più ripetersi (*t*). Altre eccezioni di minore importanza, per cui non si ha più diritto di reclamare quanto fu pagato per errore di diritto, si vedranno a suo luogo (*u*).

A certe persone però si condona ognora l'errore di diritto, a certe altre in dati incontri: fra le prime si computano i minorenni (*v*), fra le seconde le femmine (*x*), i soldati (*y*), e quelli a cui la legge talora concede un tal privilegio pel loro idiotismo ed imperizia (*z*).

In regola, tocca a provare l'ignoranza e l'errore a chi vi si richiama. Ma incombe all'affermante il dimostrare che il suo avversario conosceva le prescrizioni di legge, nel caso che la legge condoni a questo l'ignoranza di diritto (*aa*).

§ 88. *Del dolo.*

Dolo (*dolus*, *fraus*) in generale si chiama il fare una cosa e il farne credere un'altra (*a*). Se il dolo è lecito, p. e. per deludere un nemico od

(*q*) fr. 9 § 3 D, XXII, 6 — fr. 10 D, XXXVII, 1 *bonor. poss.* — fr. 2 § 5 D, XXXVIII, 15 *Quis ordo in poss. servetur.*

(*r*) fr. 8 D, XXII, 6.

(*s*) fr. 206 D, L, 17 *De reg. jur.* — fr. 25 D, XXV, *De actione rer. amot.* in unione al c. 1 e 5 C. IV, 6 *De condict. ob caus. dator.* — fr. 20 pr. D. X, 2 *Fam. ercisc.* — fr. 38, 54, 66 D. XII, 6 *De condict. indeb.* Non ostano c. 6, 7, 10 C. I. 18. La c. 10 è molto favorevole, è vero, all' opinione contraria; ma siccome essa non contiene che un rescritto per un caso isolato, così per questo, e anche specialmente in vista delle costituzioni anteriori si rende assai verosimile ciò che suppone Mühlenbruch (§ 8 in fine), che cioè qui si parli del caso che taluno per errore di diritto, non sapendo di poter trattenersi la *quarta Falcidia* (§ 444), abbia pagati tutti i legati, e noi vedremo nel contesto del paragrafo che una tale ignoranza pregiudica. De Wening accede all'opinione di Mühlenbruch, I § 128. Altrimenti la pensano Seuffert § 71 e Makeldey § 165.

(*t*) fr. 9 § 5 D. XXII 6, — c. 2 C. VI, 42 *De fideicomm.* Mühlenbruch § 5 p. 392-395 e § 8 pag. 430.

(*u*) p. e, nella fidejussione (§ 622 nota *b*) e nel deposito (§ 505 nota *r*).

(*v*) A questi l'errore non nuoce nemmeno quando si tratta dell'acquisto di un guadagno, r. 9 pr. D. XXII, 6, — fr. 7 § 6 D. IV, 4 *De min.* Ma un tale benefizio non si estende tanto in là da rendere valido rispetto ai minori un affare che senza restrizione è riprovato, o dall'esimersi dal risarcimento del danno derivante dal loro fallo illecito. Confronta quanto si è osservato di sopra prima della nota *i*, e vedi Mühlenbruch § 9, pag. 436, e Ulpiano fr. 44 D. IV, 4 *De minor*.

(*x*) Alle femmine l'errore di diritto non giova, se si tratta di lucrare, fr. 8 D. XXII, 6. In forza dell' *ignorantia juris* esse vanno però libere da molti danni fissati per certe azioni proibite. Vedi fr. 2 § 1 D. XXV, 4 *De inspic. ventre*, — fr. 15 § 5 D. XLVIII, 10 *De lege Corn. de fals.* — fr. 1 § 10 D. XLVIII, 16 *Ad senatusc. Turpill.* — fr. 38 § 2 D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul. de adult.* — fr. 1 § 5 D. II, 13 *De edendo.*

(*y*) V' ha una sola eccezione della regola generale pei soldati trattandosi di lucro, cioè quella del fr. 9 § 1 D. XXII, 6, « *Si filius famil. miles a commilitone heres institutus nesciat, sibi etiam sine patre licere adire hereditatem, per constitutiones principales jus ignorare potest, et ideo ei dies adotionis non cadit* ». E per la c. 5 C. IX, 23 *De his qui sibi* il soldato non va soggetto alla pena della legge Cornelia (§ 322) s'egli scrivendo il testamento di un suo commilitone vi scrisse un legato anche per sè.

(*z*) La semplicità e l'imperizia (*rusticitas, simplicitas, imperitia*) sono scusate nella c. 8 C. VI, 9, *Qui admitt.* « *Quicunque res ex parentum vel promixorum successione jure sibi competere confidit, sciat sibi non obesse, si per rusticitatem... intra praescriptum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur* ». Altre eccezioni si riferiscono alla liberazione dalle leggi penali. Confr. Mühlenbruch nella *Diss.* citata p. 450.

(*aa*) fr. 25 D. XXII, 3 *De probat.* Thibaut *Saggi* II, 4.

(*a*) Mühlenbruch *Doctrina Pandect.* I § 106, — D. IV, 3 *De dolo malo*, — C. II, 21 eod.

un assassino, si denomina *dolus bonus* (*b*). Il dolo criminoso (*dolus malus*, di cui solo qui si tratta secondo il Diritto romano nuovo) viene da Labeone definito: *quaecumque calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, decipiendum, fallendum alterum adhibita* (*c*). Siccome non può trarre profitto dal dolo chi se ne servì (*d*), così non può restarne danneggiato quegli contro cui fu messo in opera (*e*). Quando taluno, se avesse conosciuto l'inganno, non avrebbe conchiuso minimamente l'atto, questo è invalido, o almeno soggetto a rescissione; che se avrebbe bensì conchiuso l'atto, ma in un altro modo da quello che realmente successe, allora si fa solo luogo ad un'azione di risarcimento. Il primo è detto dolo principale (*dolus causam dans*); il secondo dolo accessorio (*dolus incidens*) (*f*). Se i contraenti agirono amendue con frode, il dolo resta compensato a vicenda (*g*). Si noti che non si può ritenere come ingannatore chi non fa che attribuire ad una cosa un prezzo maggiore o minore di quello che ella ha in effetto, o che la loda smoderatamente, mentre è chiaro il contrario, o almeno fosse facile a rilevarsi (*h*). Il dolo non si presume; esso debbe essere provato anche in atti illeciti (*i*).

(*b*) fr. 1 § 3 D. IV. 3.
(*c*) fr. 1 § 2 D. eod.
(*d*) fr. 1 § 1, fr. 4 § 13 D. XLIV, 4 *De doli mali et met. except.*
(*e*) fr. 1 pr. D. XLII, 4 confrontato col fr. 7 § 10 D. II, 14 *De pactis.*
(*f*) fr. 7 pr. D. IV, 3, — fr. 13 § 4 D. XIX, *De act. emt.*
(*g*) fr. 36 D. IV, *de dolo malo*, — fr. 57 § 3 pr. D. XVIII, 1 *de contr. emt*
(*h*) fr. 16 § 4 D. IV, *e de minor.* — fr. 43 pr. D. XVIII, 1, — c 10, C. IV, 44 *de resc. vend.*
(*i*) fr. 6, fr. 18 § 1 D. XXII, 3 *de probat.* — c. 6 C. II, 21 *de dolo malo*, — fr. 51 pr. D. XVII, 2 *Pro socio* Confr. de Wening I § 127, Glück Comm. XXI, p. 335.

§ 89. *Della violenza, del timore* (*a*) *e della simulazione.*

La violenza (*vis*) è un impiego di forza fisica a cui non si può resistere (*b*). Essa è giusta, s'è usata da chi vi ha diritto, p. e. dall'autorità nell'esecuzione giudiziale; ingiusta nel caso opposto (*c*). Il timore, (*metus*) è quell'ansia dello spirito, ch'è prodotta dall'idea di un imminente pericolo (*d*). Perchè si possa avere riguardo al timore, esso deve essere fondato (*metus gravis, justus*) ossia tale che non si possa altrimenti sottrarsi al male che ci sovrasta, se non facendo quanto desidera chi incute il timore; oppure esso dev'essere di tal tempra, al dir dei Romani, da scuotere a ragione anche l'uomo più fermo, e come tale si stima anche quel timore ch'è bensì per sè medesimo insussistente, ma ch'è fondato a parere di chi n'è colpito (*e*). Il timor panico (*metus vanus*), ossia quello causato da un pericolo non esistente o facile ad allontanare, non merita alcun riflesso. Si giudica secondo le circostanze, se il timore è fondato o no (*f*). Certo è però che il timore non è fondato, quando il pericolo è solo presunto (*g*), o quando altri si lascia indurre ad un'azione mosso solo dall'altrui autorità (*h*), da riverenza per la potestà domestica (*metus reverentialis*) (*i*). In generale gli atti intrapresi per violenza o per timore o sono

(*a*) D. IV, 2 *Quod metus causa gestum erit.* — C. II, 20 *de his quae vi metusve causa gesta sunt.*
(*b*) fr. 12 D. IV, 2 eod.
(*c*) fr. 3 § 1 D. eod.
(*d*) fr. 1, 5 D. eod.
(*e*) fr. 6 D. eod.
(*f*) fr. 3 D. IV, 6 *Ex quibus caus. maj.*
(*g*) fr. 9 pr. D. IV, 2 *Quod met.*
(*h*) c. 6 C. II, 20.
(*i*) c. 6 C. eod — fr. 22 D. XXIII, 2 *De ritu. nupt.*

nulli, o si possono far invalidare colla restituzione in intiero (*k*).

Vi è simulazione (*simulatio*) se si stipula un atto soltanto per apparenza (*l*). Se la simulazione tende ad ingannare un terzo, vale quanto si è detto del dolo. Fuori di questo caso, è valido solo l'atto che si voleva in effetto intraprendere, ma non anche l'atto simulato (*m*); e se non ve n'ha che questo, esso è nullo (*n*).

TITOLO II.

Determinazioni accidentali di un negozio civile.

§ 90.

Delle condizioni e loro specie (*a*).

Una condizione (*conditio*) è un avvenimento futuro ed incerto, da cui giusta la mente, di coloro che conchiusero un negozio, deve dipendere un diritto (*b*). Stando a questa definizione, non si può adoperare la parola *condizione* che impropriamente nei seguenti casi, sebbene in essi si usi:

1. Se l'avvenimento non è punto incerto, per essersi il medesimo già verificato alla conclusione dell'affare o ancora prima di essa (*conditio in praeteritum vel praesens concepta*) (*c*);

2. Se l'avvenimento non può verificarsi per le leggi fisiche, o giuridiche, o morali (*conditio physice vel moraliter impossibilis*) (*d*).

3. Se deve aver necessariamente luogo (*conditio necessaria*) (*e*);

4. Se finalmente la condizione s'intende da per sè o per la natura della cosa stessa (*f*), o per la legge (*g*) (*conditio tacita*): e qui si badi di non confondere le condizioni tacite con quelle imposte tacitamente, con quelle cioè che si arguiscono dalle altrui azioni, poichè queste hanno la stessa efficacia delle espresse (*h*). Le condizioni sono affermative, o negative, secondochè si fece dipendere un diritto

(*k*) fr. 1 D. IV, 2.

(*l*) C. IV, 22 *Plus valere quod agitur*.

(*m*) Esempii ne sono fr. 6 § 1 D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 24, fr. 26 § 1 D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commodati,* — fr. 80 § ult. D. XVIII, 1 *de contr. emt.*

(*n*) fr. 22 D. III, *de legat.*

(*a*) D. XXXV, 1 *de conditionibus ei demonstrationibus*. Vedi l'eccellente *Dissert. sulle condizioni* di G. Helm nel *Giornale per la Giurisprudenza austriaca* anno I, fasc. 4, p. 204.

(*b*) § 4 *Instit.* III, 16 *de verb. oblig.* — fr. 39 D. XII, *de reb. cred.*

(*c*) fr. 10 § 1 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.*

(*d*) § 11 *Inst.* III, 20 *de inutil. stip.* — fr. 15. D. XXVIII, 7 *de cond. instit.* p. e. la condizione, Se tu sali in cielo, Se tu non morrai... Se ucciderai tuo fratello, Se non onorerai più tuo padre (Vedi nota *hh*). Fra le condizioni moralmente impossibili, oltre quelle contrarie ai buoni costumi e ai vigenti principii di diritto, si annoverano in particolare nei nostri fonti anche le seguenti: 1. la condizione di giurare di essere per dare o per ommettere qualche cosa, fr. 8 pr. D. XXVIII, *de cond. inst.* Vedi per altro il § 348 nota *e;* 2. la condizione di far divorzio, c. 5 C, VI, 25 *de inst. et subt.*; 3. di non contrarre matrimonio, fr. 22, fr. 72 § 5 D. XXXV, 1 *de cond. et demonst.* Questa condizione però cessa di essere moralmente impossibile, s'è imposta rispetto ad una data terza persona, p. e. Sempronio riceverà 100 fiorini se Cajo non si marita; oppure se viene interdetto di contrarre matrimonio soltanto con una data persona o ad una data epoca, fr. 62 § 2, fr. 63 D. eod.; o finalmente se fu imposta al vedovo od alla vedova; nov. 22 c. 43 e auth. ad c. 2 cui relictum C. VI, 40 *de indict. viduit.*; 4. la condizione di contrarre un matrimonio inonesto, fr. 63 § 1 D. XXXV, 1. o di sposarsi ab arbitrio di un terzo, fr. 28 D. eod.; 5. la condizione di non mutar domicilio, fr. 71 § 2 D. eod. Confr. Kaufmann § 174. Appartengono per ultimo alle condizioni moralmente impossibili anche quelle che renderebbero taluno ridicolo (*derisoriae*), fr. 4 § 1 D. XL, 4 *de statu lib.*, e quelle che contengono in sè stesse una contraddizione inestricabile (*perplexae*), fr. 16 D. XXIII, 6 *de cond. instit.*

(*e*) fr. 9 § 1 D. XLVI, 2 *de novat.*, p. e. « *si coelum non ascenderit* » fr. 7, 8 D. XLV, 1, *de verb. oblig.*

(*f*) fr. 12 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.* — fr. 22 § 1 D. XXXVI, 2 *Quando dies legat.* — fr. 3 D. *de legat.* I.

(*g*) fr. 6 § 1 D. XXVI, 1 *de tutela.*

(*h*) fr. 77 pr. D. XXXV, 1 *de cond.* — fr. 85 D. *de legat.* III.

dall'avverarsi o no di un avvenimento (*hh*). La condizione è potestativa, se il di lei adempimento dipende dall'arbitrio di quello a cui fu imposta; è casuale, se dipende dal caso o da un terzo; è mista, se dipende parte dalla persona alla quale fu imposta, e parte dal caso o da un terzo (*i*). Le condizioni si dividono inoltre in sospensive, e in resolutive, secondochè si fece dipendere dal loro verificarsi al principio o la fine di un affare. A parlar propriamente, l'affare è condizionale soltanto nel primo caso (*negotium sub conditione*); nell' ultimo esso è incondizionato, ma cessa al verificarsi della condizione (*purum, quod sub conditione resolvitur*) (*k*). Finchè non è ancora deciso se la condizione sarà per avverarsi o no, essa pende (*conditio pendet*); s'ebbe già luogo, allora si dice ch'essa si è verificata (*exsistit*); s'è certo, infine, ch'essa più non si effettuerà, in tal caso si usa dire che essa manca (*deficit*).

§ 91.
Dell'adempimento delle condizioni.

La condizione affermativa si adempie col verificarsi dell'avvenimento finora incerto: quella negativa coll'esser divenuta impossibile la realizzazione di ciò che non doveva nascere (*a*). La condizione si deve eseguire dalla persona a cui fu imposta (*b*), a favore di quella per cui venne fissata (*c*), al tempo e luogo stabilito (*d*), e nella forma prescritta, avuto però più riguardo allo spirito che alle parole di essa (*e*). Concorrendovene più di una, si debbono soddisfar tutte, a meno che non fossero state apposte alternativamente; nel qual caso basta l'eseguirne una o l'altra (*f*). Si reputa eseguita la condizione, se chi ha un interesse che non si verifichi, ne abbia impedita l'esecuzione (*g*).

§ 92. *Effetti delle condizioni.*

Riguardo agli effetti di una condizione in senso proprio aggiunta ad un atto civile, si devono fare le distinzioni seguenti:

1. In pendenza di una condizione resolutiva l'atto continua ad essere in vigore (*a*); in pendenza di una sospensiva resta sospeso ancora il diritto che ne dipende (*b*), restando però sempre libero di esigere sicurtà pel diritto condizionato (*c*).

2. Col verificarsi della condizione sospensiva il diritto prima condizionato si cangia in assoluto; col verificarsi di una condizione resolutiva, all'incontro, il rapporto giuridico ante-

(*hh*) Se la condizione sia affermativa o negativa, non dipende dal modo con cui è concepita la proposizione: così per esempio la condizione « Se farà sempre bel tempo» quantunque concepita affermativamente, è tuttavia una condizione negativa, che si risolve nella proposizione « Se più non pioverà »; mentre nella proposizione antecedente si ha di mira che non nasca qualche cosa, cioè che più non piova.

(*i*) c. un § 7 C. VI, 51 *de caducis tollendis*.

(*k*) fr. 3 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 2 pr. § 1, fr. 4 § 3 D. XVIII, 2 *de in diem adict.* — fr. 1 D. XVIII, 3 *de lege comm.*

(*a*) La condizione che taluno non faccia una data cosa, si adempie in genere solo colla sua morte, § 4 *Instit.* III, 16 *de verb. oblig.* Ma resta eseguita la condizione di non sposarsi con una determinata persona, non solo s'essa muore, ma ben anche se contrae matrimonio con un altro, fr. 106 D. XXXV. 1 *de condict.*

(*b*) fr. 39 § ult. D. XL, 7 *De statu lib.* — fr. 31 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*c*) fr. 44 pr. § 1-3 D. XXXV, 1 *De condit. et demonstr.*

(*d*) fr. 41 § 12 D. XL, 5 *De fideicomm. libert.* — A questo passo non si oppone il fr. 135 § 2 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* mentre questo contiene soltanto le condizioni sotto le quali il giudice può condonare la mora.

(*e*) fr. 11 § 11 D. *De legat.* III.

(*f*) fr. 5 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.*

(*g*) fr. 161 D. L, 17 *De reg. jur.* — fr. 85 § 7 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*a*) fr. 2 § 4, 5 D. XLI, 4 *Pro emptore.*

(*b*) fr. 66 D VI, 1 *De rei vind.*

(*c*) fr. 13 § 5 D. XX, 1 *De pign.*—fr. 4 D. XLII, 6 *De separat.*

cedente si sciogliu (*d*); e nei contratti e nell'eredità lasciate sotto condizione sospensiva vale la regola, che la condizione verificatasi ha effetto retroattivo fino al principio dell'atto (*e*).

3. Se manca la condizione sospensiva, l'atto si reputa come non intrapreso; se non si verifica la condizione resolutiva, esso resta valido per sempre (*f*).

Rispetto alle condizioni in *senso improprio*, quelle così dette *in praesens vel in praeteritum conceptae* non sospendono l'atto, ma questo è valido o invalido fin da bel principio (*g*). Diversi secondo i diversi atti sono gli effetti delle condizioni *impossibili* (*h*). Solo una condizione *necessaria sospensiva* produce sempre l'effetto, che si risguardi l'atto come incondizionato (*i*), a meno che lo avvenimento non debba accadere soltanto in seguito, perchè allora una tale condizione equivarrebbe alla determinazione di un tempo (*k*). Se ad un atto fu apposta una condizione *tacita, inerente alla di lui natura,* esso resta incondizionato (*l*), purchè non emerga dalla disposizione il contrario (*m*).

§ 93.
Dei termini.

Il termine addetto ad un atto (*dies*) fa sì che questo incominci o cessi al suo verificarsi. Nel primo caso, il termine si dice *a die,* nel secondo *ad diem* (*a*). Si deve distinguere se il tempo sia certo od incerto; e nell'ultima ipotesi converrà vedere, se sia incerto che un dato tempo sia per venire, oppure s'è certo ch'esso verrà, ma senza che si sappia quando: così è indeterminato se verrà il dì delle nozze, mentr'è certo che verrà quello della morte, sebbene non sia determinato quando. Allorchè è incerto se verrà o no il tempo, esso tanto nelle convenzioni che nelle disposizioni di ultima volontà si ha per una condizione, essendo tutt'uno che io dica: io ti donerò p. e. cento fiorini il dì delle tue nozze, o, se ti sposerai (*b*). Ma s'è solo incerto quando il tempo verrà, allora esso si risguarda, di regola, come una condizione nelle disposizioni di ultima volontà (*c*), non già anche nelle convenzioni (*d*). Se il termine è certo (*negotium a die certo*), esso non sospende l'acquisto del diritto, ma non si può far valere questo che alla sua scadenza (*e*). Quando il termine è *ad diem,* l'azione può

(*d*) fr. 7 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 115 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*e*) fr. 11 § 1 D XX, 4 *Qui pot. in pign.* Per conseguenza al verificarsi della condizione risolutiva si dee risguardare l'affare come non conchiuso da principio: all'incontro, se si avvera la condizione sospensiva, l'affare è come fosse stato fin da principio contratto senza condizione. Ha luogo un'eccezione solamente nei contratti a cui fu apposta una condizione potestativa l'adempimento della quale dipende dall'arbitrio di quello che deve prestar qualche cosa sotto qualche condizione, fr 3 in fin. D. XX, 6 *Quib. mod.* — fr. 4 D XX, 3 *Quae res pign.* — fr. 9 § 1 D. XX, 4 *Qui potior. in pign.* Confr. anche il § 494 C.

(*f*) fr 20 D. XXIV, 1 *De donat inter vir. et uxor.* — fr. 37 D. XVIII, 1 *De contr. emt. vend.* — fr. 8 pr. D XVIII, 6 *De peric. et commod.*

(*g*) fr. 100 120 D. XLV, 1 *De verb. obl.* — fr. 37 D. XII, 1 *De reb. cred.* — fr. 16 D. XXVIII 3 *De injust. irrit. test.*

(*h*) V. § 348, 432 e 494.

(*i*) § 11 *Instit.* III, 20 (19) *de inut. stip.* — fr. 7 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*k*) fr. 8 D. XLV, 1.

(*l*) Confr. § 90, n. 4.

(*m*) fr. 69 D. XXXV, 1 *de cond.* « *Si ita expressum erit, Titio, si voluerit, do, lego: apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem pertinere quam, si ipse legatorius voluerit, ad se pertinere, quia* conditio *personae* injuncta *videtur.* » — fr. 65 § 1 D. *De legat. I.*

(*a*) § 2 *Instit.* III, 15 *de verb. oblig.*

(*b*) fr. 75 D. XXXV, 1 *de cond.* — fr. 21 pr, fr. 22 pr. D. XXXVI, 1 *Quando dies leg.* — fr. 16 D. XII, 6 *de condict. indeb.*

(*c*) fr. 79 § 1 D. XXXV, 1. Un'eccezione si trova nel fr. 79 pr. D. eod. e § 435 in fine.

(*d*) fr. 17 D. XII, 6 *De condict. indeb.*

(*e*) § 2 *Instit.* III, 15 *de verb. oblig.* — fr. 46 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

tosto intentarsi, ma il diritto si estingue al verificarsi di detto termine (*f*). Se fu rimesso all'arbitrio di uno dei contraenti quanto debba durare un negozio civile, questo non può essere mai prolungato al di là della morte di esso (*g*).

§ 94.

Determinazione di uno scopo.

Lo scopo (*modus*) in generale è il fine apposto ad un atto, ossia la determinazione di ciò che quegli il quale riceve qualche cosa, deve fare od ommettere (*a*). Propriamente parlando però si chiama *modus* quell'incarico che nelle dichiarazioni di ultima volontà o nelle donazioni si dà al beneficato (*b*), e per cui esso deve impiegare ad un dato oggetto ciò che riceve, oppure restituirlo, trascorso un certo tempo, o finalmente far qualche cosa in contraccambio, purchè ciò non renda l'atto oneroso (*c*).

Lo scopo può essere anche apposto come condizione, e in questo caso valgono intieramente le regole per le condizioni (*d*); coll'avvertenza che, in dubbio se lo scopo sia stato posto puramente, o se involva una condizione, la presunzione vale pel primo caso (*e*).

(*f*) fr. 56 § 4 D. XLV, 1. — fr. 52 § 3 D. II, 14 *de pactis*.
(*g*) fr. 4 D. XIX, 3 *Locat.* — fr. 11 § 6 *de legat.* III.
(*a*) La determinazione dello scopo (*modus*) è presa in senso lato nel fr. 41 pr. D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 58 § 2 D. XIX, 2 *Locati.* — fr. 6. D. XIX, 5 *de praescript. verb.* In questi ed altri simili esempii la determinazione suddetta non ha nulla di particolare.
(*b*) In questo senso è adoperata nel tit. C. VI, 45 e VIII, 55.
(*c*) fr. 17 § 4, fr. 71 pr. D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.* — c. 1, 2, 3 C. VIII, 55 *de donat. quae sub modo conf.* — c. 3 C. IV, 38 *de contr. emt.* Mühlenbruch *doctr. Pand.* I § 121.
(*d*) fr. 80 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.* — c. 1, 2 C. VI, 45 *de his, quae suq. mod.*
(*e*) fr. 27 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.* La particella *affinchè* significa ordinariamente lo scopo, la particella *se* la condizione, fr. 80 D. XXXV, 1. — Seuffert § 81.

Fra il così detto scopo puro (*modus purus*) e la condizione passa questa differenza, che quello non sospende l'atto, il quale come non condizionato dev'esser quindi tosto eseguito (*f*). Ma allora si può anche esigere l'adempimento dello scopo (*g*); e quando sia certo ch'esso non verrà adempiuto si può domandare di ritorno la cosa data (*h*). Ciò non può per altro aver luogo, se lo scopo non fu apposto che in favore dell'acquirente (*i*), o se non dipende da questo l'eseguirlo (*k*) o se lo scopo in forza della sua natura stessa (*l*) o per la legge non può effettuarsi (*m*).

§ 95.

Della causa.

La causa (*causa*) è il motivo che c'induce a stipulare un atto, e che si appone al medesimo. Quantunque la causa fosse erronea, l'atto resta valido (*a*), purchè non sia apposta come condizione (*b*), o non si provi che quegli il quale ve l'appose non ne conosceva l'erroneità, e che se l'avesse conosciuta, non avrebbe conchiuso l'affare (*c*).

SEZIONE II.

§ 96.

Forma estrinseca degli atti.

Il Diritto romano non fissa di regola formalità particolari per gli atti

(*f*) fr. 41 pr. D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 17 § 2 D. XL, 4 *de manumiss. testam.*
(*g*) fr. 17 § 2, fr. 44 D. XL, 4 — c. 9 22 C. VIII, 54 *de donat.*
(*h*) c. 1, 3 C. VIII, 55 *de donat. quae sub modo.*
(*i*) fr. 13 § 2 D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.*
(*k*) c. 1 C, VI, 45 *de his, quae sub modo leg.*
(*l*) c. 8 C. IV, 6 *de cond. ob caus. dat.*
(*m*) fr. 37 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.*
(*a*) fr. 72 § 6 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.* — fr. 12 D. eod.
(*b*) fr. 17 § 3 D. eod.
(*c*) fr. 72 § 6 D. eod.

legali (*a*): noi addurremo a suo luogo le poche eccezioni esistenti in proposito. Nel caso però che simili formalità siano dalle leggi prescritte, in dubbio se siano o meno state osservate, incombe la prova della loro osservanza (*b*): il contrario si deve dire dei requisiti essenziali e naturali di un atto civile, giacchè la loro esistenza viene dalla legge presunta (*c*). È nullo (*nullum*) ex officio quell'atto di cui si neglessero i requisiti essenziali o la forma estrinseca (*d*): esso viene tuttavia qualche volta rescisso (*rescissum*) dal giudice, ma soltanto dietro istanza del danneggiato (*e*).

SEZIONE III.

§ 97.
Ermeneutica degli atti civili.

Qualora il contenuto di un atto civile sia dubbioso, si dee procurare di scoprirne il vero senso con una giusta interpretazione. Questa si chiama *autentica*, se parte da quelli stessi che intrapresero l'atto: e *dottrinale*, se vien fatta da altri, dietro le regole dell'ermeneutica. Se l'atto non deriva che da una sola persona, questa sola lo può autenticamente interpretare (*a*). Se vi concorsero più persone, è necessaria la dichiarazione di tutte, nè alla interpretazione di una sola sono le altre obbligate di stare (*b*). Relativamente alla interpretazione dottrinale possono servire le regole seguenti:

1. Se le parole sono chiare, ma la mente ambigua, si deve tenersi alle parole (*c*). Essendo dubbiose queste e quella manifesta, si dee aver riguardo a questa ultima (*d*):

2. Se l'una e l'altra sono dubbie, conviene interpretare l'atto secondo la sua natura (*e*), e in modo che abbia effetto (*f*). Vuolsi in seguito aver riguardo a ciò che ordinariamente si usa, ed alla consuetudine del paese (*g*). Non essendo, per ultimo, controverso che l'importo da esborsarsi, si deve ritenere la somma minore (*h*).

3. Nel caso che nè le parole nè la mente sieno dubbie, non è permesso di dipartirsi senza un fondato motivo dal linguaggio comune (*i*). Espressioni generali si applicano a tutte le specie in esse comprese (k), a meno che la legge o qualche altro giusto motivo non esiga il contrario. Resta però eccettuato da una disposizione generale ciò ch'è stato regolato in particolare (*l*).

4. Se finalmente non è possibile d'intendere qualche clausola, si ritiene come non vi sia (*m*).

(*a*) fr. 4 D. XXII, 4 *de fide instrum.* — c. 28 C. II, 4 *de transact.*
(*b*) fr. 13 § ult. D. VI, 2 *de Publ. in rem act.*
(*c*) fr. 30 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*
(*d*) c. 5 pr. in fine C. I, 14 *de legibus et const.* Brandis *della nullità assoluta e relativa* nel *Giornale di Dir. e Prat. civ.* VII, 1, n. 4.
(*e*) p. e. il taglio di un testamento per la *querela inofficiosi testamenti*, e quello di un contratto per sione enorme, c. 2 C. IV, 44.
(*a*) fr. 96 D. L, 17 *de reg. juris.* — fr. 83 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*
(*b*) fr. 99 pr. D. XLV, 1 eod.
(*c*) fr. 25 § 1, fr. 69 pr. D. *de legat.* III.
(*d*) c. 3 C. VI, 18 *de liber. praeter.*
(*e*) fr. 76 § 1 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 22 pr. D. VII, 8 *de uso et habit.* — fr. 11 § 1, 2 D. XIX, 1 *de act. emt.*
(*f*) fr. 80 D. XLV, 1 *De verb. oblig* — fr. 4 D. XXVIII, 7 *de condit. inst.*
(*g*) fr. 50 § ult. D. *de legat.* I. — fr. 34 D. L, 17 *de reg. juris.*
(*h*) fr. 9, fr. 34 D. L, 17 eod.
(*i*) fr. 69 pr. D. *de legat.* III.
(k) fr. 79 pr. D. *De legat.* III. — fr. 41 § 5. D. eod.
(*l*) fr. 20 D. XXXIV, 1 *de alim. leg.*
(*m*) fr. 73 § 3 D. L, 17 *de reg. jur.* — fr. 1 pr. D. XXXIV, 5 *de reb dub.*

CAPITOLO V.

Del tempo e del domicilio.

§ 98.

Del tempo in generale.

Il tempo si compone di giorni, mesi ed anni. Un giorno conta 24 ore, e si computa secondo il calendario da una mezzanotte all'altra (*a*); ed altrimenti è da qualunque momento fino a 24 ore passate. Un mese ha ora 30 ora 31 giorno: ogni qualvolta però non siasi per qualche affare legale stabilito un mese determinato, il mese non conta che 30 giorni (*b*); il che ha luogo, di regola, anche nel computo di più mesi (*c*), cosicchè 6 mesi formano 180 giorni (*d*). Un anno si divide in 356 giorni: l'anno civile incomincia col primo di gennajo e termina coll' ultimo di dicembre, l'anno naturale parte da un dato mese qualunque e dura 365 giorni (*e*). Nell'anno bisestile il 24 e 25 di febbrajo, di cui il primo è il giorno intercalare, si computano come un giorno solo, e si denominano ambedue *dies bissextus* (*f*). Del resto si dice *scaduto* un termine, s'è passato tutto il tempo ad esso relativo, e *trascorso*, qualora ha incominciato già un nuovo periodo.

(*a*) fr. 8 D. II, 12 *de feriis*. — Il giorno *calendare* si chiama giorno civile (*dies civilis*) e si distingue dal giorno naturale (*dies naturalis*) che si computa di momento in momento. Per giorno naturale nelle Leggi romane s'intende propriamente il tempo che scorre fra il sorgere e il tramontare del sole, fr. 2 § 1 D. L. 16 *de verb. signif.*

(*b*) fr 31 § 22, fr. 38 pr., D. XI, 1 *de aedil. edicto*

(*c*) Nov. 115, c. 2.—fr. 28 D. XXI, 1 *de aedil. edicto* in unione al fr. 31 § 22 D. eod.—c. 22 § 1 2 C. VI, 30 *de jure deleg.* Schrader nelle sue *Diss. civ.* n. 3, appoggiandosi specialmente al fr. 101 D. L, 17 *de reg. jur.*, stabilì per computare più mesi la regola, che si debbano esprimere col prossimo numero intiero tanti dodicesimi di 365 giorni, quanti mesi si devono contare, p. e. per 2 mesi 60 10/12=61. Ma pare che solo la voce *sexagesimo* si trovasse originariamente in quel frammento, e che la parola *primo* vi sia stata inserta più tardi da un Giureconsulto Bisantino. Reinfelder *L'anno civile*, Stoccarda 1829, pag. 146-163.

(*d*) Pauli *Rec. sent.* IV, 11 combinato con Censorinus *de die natali* c. 9 .. *vocant septemestrem, qui* decimo et ducentesimo die *post conceptionem exeat ab utero*. Non osta il fr. 3 § 12 D. I, 5 *de statu hom.* combinato col fr. 12 D. XXVIII, 16 *de suis et legit.*; Reinfelder p. 128-133.

(*e*) fr. 51 § 2 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 134 D. L, 16, *de verb. sign.*

(*f*) fr. 98 pr. D. L. 16 *de verb. sign.* — fr. 3 § 3 D. IV, 4 *de minor.*

§ 99.

Del tempo continuo ed utile.

Ordinariamente non si possono far valere i propri diritti, che dentro un tempo determinato: questo tempo si chiama *continuo* (*tempus continuum*), se vengono computati tutti i giorni in esso compresi, ed *utile* (*tempus utile*), se non vi si computano quelli in cui non era possibile di far valere i propri diritti (*a*). Nelle leggi non si adopra l'espressione « *tempo utile* » che avendo riguardo tanto agli ostacoli, che si opponevano fin da principio al far valere i proprii diritti, quanto a quelli che sopraggiunsero in appresso (*tempus utile ratione initii et cursus*) (*b*). I Giureconsulti moderni si servono di questa espressione anche in riguardo unicamente agl'impedimenti che ostavano fino da principio (*utile initio, continuum progressu*) (*c*). Le leggi romane non conoscono un così detto *tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus* (*d*).

(*a*) fr. 1 D. XLIV, 3 *de divers. temp. praescr.* Secondo le diverse circostanze variano anche gl' impedimenti di questa sorta; di regola si annoverano le ferie giudiziali, l'assenza, l'ignoranza senza colpa e simili.

(*b*) fr 6 D. III, 6 *de calumniat.* — fr. 2 pr. § 1 D. XXXVIII, 15 *Quis ordo in poss. serv.* — fr. 1 D XLIV. 3 *de divers. temporal. praesc.* — fr. 1 § 7 D. XLIX, 4 *Quando appellandum sit.*

(*c*) p. e. c. 19 C. VI, 30 *de jure delib.*

(*d*) Thibaut *Sistema* § 129 nota f. — Seuffert § 115, nota 4.

§ 100.

Del modo di computare il tempo.

Computare il tempo altro non è che determinare nei singoli casi il fine di un dato spazio di tempo. Ciò può farsi in due modi: o contando di momento in momento, dimodocchè l'intervallo non si compia che coll'ultimo istante ad esso appartenente (*computatio naturalis*) (*a*): o risguardando il giorno come un'unità indivisibile, e calcolando quindi quel giorno in cui nacque un avvenimento, in modo come se l'avvenimento fosse succeduto al principio del giorno stesso (*b*); dal che consegue che il termine stabilito si debba ritener per compiuto, tostochè incominciato abbia l'ultimo giorno civile (*computatio civilis*) (*c*). I Romani, di regola, in materie puramente di Diritto civile si attennero a quest'ultimo modo di computare il tempo (*d*), e specialmente trattandosi di calcolare una data età, al compirsi della quale si doveano verificare dei diritti, oppure trattandosi dell'istituzione giuridico-civile della prescrizione. La regola, che un dato termine si debba ritenere per compiuto, incominciato che abbia l'ultimo giorno civile, va soggetta ad eccezione nei casi seguenti:

1. Se il tempo si conta utilmente, poichè allora non vengono computati tutti quei momenti in cui non era possibile di far valere i proprii diritti;
2. Se venne fissato un termine per atti, i quali per legge non possono seguire che a date ore del giorno (*e*).

(*a*) fr. 6 D. XLIV, 7.

(*b*) fr. 8 D. II, 12 *de feriis*. — fr. 1 § 5, 6 D. XLIX, 4 *Quando appell.*

(*c*) fr. 15 pr. D. XLIV, 3 *de divers. tempor. praescr.* — fr. 134 D. L, 16 *de verb. sign.* Dietro questa computazione adunque quegli ch'è nato il primo di gennajo in qualsiasi ora del giorno, sarebbe pubere scorsi 14 anni, incominciato che fosse il 31 decembre fr. 5 D. XXVIII, 1 *Qui test. facere poss.* Confr. anche fr. 1, D. XL, 1 *de manumiss.* — fr. 7 D. XLI, 3 *De usurp.*, e la spiegazione di questi passi e del fr. 134 *de verb. sign.* in Reinfelder p. 36-77.

(*d*) fr. 134 D. L, 16 *de verb. signif. . . . quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed* ad dies *numeramus.* — fr. 8 D. II, 12 *De feriis* .. more romano *dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur.* Confr. sopra questa materia molto controversa già fino dai tempi dei Glossatori ciò che per l'ultimo ne scrisse Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* XI, 3, p. 424, e Federico Reinfelder. Questi nella sua opera intitolata l'*Anno civile del Diritto romano*, Stocc. 1829; ammette come regola la computazione civile, e di questa opinione è anche il suo censore nel *Giornale generale di letteratura* di Haller, 1830, n. 164. Löhr all'incontro fissa per regola la computazione naturale.

(*e*) Da ciò è manifesto, perchè nella prescrizione delle azioni si adoperi la computazione naturale, fr. 6 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*, mentre le azioni non si potevano presentare che a determinate ore del giorno. Del resto, ha qui luogo anche la prima eccezione, giacchè nella prima prescrizione delle azioni il tempo è utile (*non valenti agere nulla currit praescriptio*).

§ 101.

Del domicilio, e della presenza ed assenza.

Il domicilio è quel luogo in cui taluno abita coll'intenzione di restarvi continuamente, a meno che circostanze straordinarie non lo richiamino altrove (*a*). Chi soggiorna alternativamente in due luoghi coll'intenzione sopra accennata, come, per modo di esempio, l'estate in campagna e l'inverno in città, conta due domicilii (*b*). Quegli che non ha domicilio, si chiama vagabondo (*vagabundus* o *vagus*) (*c*). Non cangia domicilio per trattenersi che altri faccia anche per lungo tempo in un terzo luogo per motivi di salute o per altri affari (*d*). È libera, di regola, ad ognuno la scelta del suo

(*a*) c. 7 C. X, 39 *de incolis.*

(*b*) fr. 5, fr. 6 § 2 D. L, 1 *Ad municip.*

(*c*) fr. 27 § 2 D. eod.

(*d*) fr. 19 § 2 D. V, 1 *de judiciis.* — fr. 5 § 5 D. XLVII, 10 *de injur.*

domicilio (*domicilium voluntarium*) (*e*): può essere tuttavia che taluno sia costretto a domiciliarsi in un dato luogo (*domicilium necessarium*), il che può succedere non solo per gastigo, come p. e. se uno viene relegato in qualche luogo (*f*), o per dovere d'ufficio, il che si avvera nei pubblici funzionarii (*g*) e nella milizia (*h*), ma anche per lo stato di famiglia, rispetto alla moglie (*i*) ed ai figli soggetti ancora alla patria potestà (*k*).

Chi si trova in un luogo, si chiama in esso presente; chi non vi si trova, n'è assente. In ispecie si chiama presente chi è nel luogo del suo domicilio, ed assente chi non vi è (*l*). L'assenza è necessaria, o volontaria, e tanto in un caso che nell'altro o lodevole, o vituperevole, o indifferente. L'assenza necessaria è lodevole, qualora taluno è assente in affari di Stato, p. e. un ambasciatore o un soldato (*m*): è vituperevole, se fu allontanato dal suo domicilio per qualche delitto, come p. e. nella relegazione (*n*); è indifferente, se alcuno non si allontana veramente in servizio dello Stato, ma però per qualche altra causa non biasimevole, p. e. per paura della peste (*o*). L'assenza volontaria si chiama lodevole, s'è approvata dalle leggi, come p. e. l'assenza a motivo degli studii (*p*): è vituperevole, se le leggi la disapprovano, come p. e. per fuga dalla milizia (*q*); è, per ultimo, indifferente, se pei propri affari privati (*r*).

(*e*) fr. 31 D. L, 1 *Ad municip.*
(*f*) fr. 22 § 3 D. eod.
(*g*) fr. 11 D. I, 9 *de senator.* confr. col fr. 23 pr. D. L, 1 *Ad municipal.*
(*h*) fr. 23 § 1 D. L, eod.
(*i*) fr. ult. § 3 D. L, 1 eod.
(*k*) Non ostano fr. 3, fr. 4, fr. 6 § 1, fr. 17 § 11, D. L, 1. Confr. Voet *Ad Pand.* tit *de jud.* § 100.
(*l*) fr. 173 § 1 D. L, 16 *de verb. signif* — fr. 199 pr. D. eod. — c 7 C. X 39 *De incol.* Nella prescrizione queste parole si prendono in un altro senso ancora. Confr. § 218.
(*m*) fr. 9 D. IV, 6 *Ex quib. caus. neg.*
(*n*) fr. 40 § 1 D. eod.
(*o*) fr. 2 § 1 fr. 3 fr. 9. D eod.
(*p*) fr. 28 pr. D. eod.
(*q*) fr. 14 D. eod.
(*r*) fr. 42 D. eod.

CAPITOLO VI.

Principii generali intorno l'acquisto, la conservazione, l'estinzione, la collisione dei diritti, e intorno ai mezzi di farli valere.

§ 102.

Divisione suprema dei diritti.

Abbiamo veduto più sopra le divisioni generali del Diritto (*a*): la suprema tuttavia, alla quale ci atterremo anche noi nell'esporre il Diritto romano, è questa, che il diritto o ha per oggetto soltanto le persone, cioè la loro capacità legale; o un'unione fra loro senza riguardo a sostanze e in tal caso si dice *diritto delle persone*; oppure esso ha solo per oggetto le sostanze, e allora si chiama *diritto sulle cose* (*b*).

Il *diritto delle persone* determina in parte le condizioni della capacità legale (*jura status* §§ 54-57), in parte la potestà di una persona sovra un'altra (*jura potestatis*).

Per potestà s'intende quell'autorità qualunque, per cui taluno è soggetto alla direzione di un terzo sotto le ristrettive fissate dalla legge: oltre la podestà del padre e del marito, si conta anche quella del tutore e curatore.

Il *diritto poi sulle cose* si suddivi-

(*a*) § 46 e 47.
(*b*) Varckönig *Comm.* § 93. Siccome però noi ci attenghiamo il più ch'è possibile all' ordine seguito da Kaufmann e ch'è consentaneo alla chiarezza del Sistema (Mühlenbruch I § 28), così uniremo al Diritto delle persone anche quei diritti sulle cose che stanno col primo in una stretta connessione, ogni qualvolta non ci si offra un'occasione più adattata di trattarli insieme ad altre materie, come p e. la *dote* e la *donatio propter nuptias* (§ 555-563).

de in diritto reale e personale, detto il primo dai Romani *jus in re*, dai moderni *jus in rem, jus reale*; e il secondo chiamato da quelli *obligatio* e da questi *jus ad rem, jus in personam, jus personale*. I diritti che competono ad una persona sopra una cosa, non avuto riguardo a certe persone quindi si possono far valere contro qualunque, si chiamano diritti reali. I diritti invece che hanno per oggetto una determinata prestazione di una data persona, sia che tale prestazione consista in dare o fare, o in permettere o tralasciare qualche cosa, e che non si possono far valere che contro la sola persona del debitore, si denominano diritti personali (*c*).

§ 103.

Acquisto dei diritti.

Per acquistare diritti si richiede: 1. una persona capace (§§ 54, 58 e 84); 2. un oggetto idoneo (§ 85); e 3. un modo legittimo di acquisto, che si fondi immediatamente nella legge, o mediatamente in qualche atto, con cui taluno si obbliga verso un altro; nel che vale la regola, che nissuno può trasmettere a un terzo più diritti di quello che abbia egli stesso (*a*). Del resto, ognuno può acquistar diritti non solo da sè, ma anche col mezzo d'altri (*b*).

(*c*) fr. 3 pr. D. XLIV, 7 *de oblig. et act. I diritti di famiglia sono di natura mista*, di Wening I, 1, § 35. Intorno a queste nozioni confronta Thibaut *Saggi* II, 2, e contro esso Feuerbach *Saggi di Diritto civile* I, 8. — Nuove vedute in proposito si trovano in Du Roi nell'*Archivio per la pratica civ*. VI, 2 e VII, 1. Vedi in contrario Puchta *Osservazioni critiche sulla Dissert. di Du Roi* sull'*Actio in rem*, e *Jus in re*, nel *Mus. ren*. I, 4, p. 286-315.

(*a*) fr. 54 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*b*) *Inst*. II, 9 *Per qua, personas cuique adquir.*

§ 104.

Conservazione dei diritti.

Mezzi per custodire e conservare i proprii diritti sono:

1. La *protesta*, ossia quella dichiarazione colla quale taluno reclama contro le conseguenze pregiudizievoli che da un fatto si potrebbero far valere contro di lui (*a*);

2. La *riserva* di certi diritti all'atto della consegna di una cosa;

3. Il *diritto di ritenzione*, in virtù del quale si trattiene una cosa dovuta ad un terzo a motivo di una pretesa ad essa relativa, finchè questa pretesa venga soddisfatta (*b*);

4. La *cauzione*, ossia l'assicurazione di un obbligo, la quale può farsi con una semplice promessa, o costituendo un pegno, o presentando dei fidejussori, nel qual ultimo caso si dice *satisdatio* (*c*);

5. L'*immissione nei beni altrui* (*missio in bona*), colla quale il creditore ne ottiene la detenzione e il diritto di pegno (§ 244).

§ 105.

Estinzione dei diritti.

I diritti durono finchè non si estinguono per qualche causa legale, che può essere fondata o no nella volontà della persona avente il diritto. Nel primo caso i diritti cessano per rinunzia, e per alienazione. La *rinunzia* (*renuntatio*) è l'abbandono spontaneo di un diritto, senza che venga trasmesso ad un terzo. Onde questo atto sia valido, è necessario che quegli che rinunzia al suo diritto, abbia la fa-

(*a*) p. e. fr. 14 § 8 D. XI, 7 *de religiosis et sumt. funer.*

(*b*) Confr. § 182 n 3 e § 240.

(*c*) c. 3 C. VI, 38 *de verb. et rer. sign*. Il fisco e le città prestano cauzione colla semplice promessa. fr. 1 § 18, fr. 6 § 1 D. XXXVI, 3 *Ut legat. vel fideicomm. serv. caus.*

coltà di disporne, e conosca esattamente l'oggetto della rinunzia (a). L'accettazione per parte di un terzo è necessaria soltanto nel caso che la rinunzia gli cagionasse qualche pregiudizio, o si dovesse risguardare come un patto remissorio (b). Seguita la rinunzia nelle debite forme, non vi ha più luogo a regresso (c). L'alienazione (*alienatio*) è la trasmissione spontanea di un diritto ad un terzo (d): anche per essa si richiede la capacità di alienare, e un diritto suscettibile di essere trasmesso.

Contro la volontà della persona avente un diritto, essa può perderlo od a titolo di pena, od in altro modo; e ciò immediatamente, o mediatamente, col cessare cioè della condizione, sotto la quale il diritto sussisteva. Si perde un diritto a titolo di pena, qualora all'abuso dello stesso, o ad una trasgressione, ne fu congiunta la perdita (e).

Si perde un diritto immediatamente ossia da per sè:

1. Colla scadenza del termine fino al quale competeva, o col verificarsi di una condizione risolutiva (f);

2. Colla revoca di chi lo ha concesso; trattandosi di un diritto che per sua natura (g), o pel modo con cui fu impartito, può essere revocato (h);

3. Col non-uso, se in virtù di una convenzione, o a termini di legge, si deve esercitare un diritto entro un dato tempo sotto comminatoria altrimenti di perderlo, e lo stesso non sia stato esercitato (i).

Cessano per ultimo mediatamente i diritti fondati in uno stato (*status*) col cessare dello stato medesimo; i diritti reali col deperimento del loro oggetto; i personali coll'estinzione dell'obbligo; quelli del possesso (*jura possessionis*) colla perdita del possesso medesimo (k).

§ 106.

Collisione di diritti (a).

Finchè i diritti che più persone hanno sopra un oggetto, non si escludono vicendevolmente, ma si possono tutti far valere, non sussiste che una concorrenza di diritti (b). Soltanto nel caso che i diritti di più persone stiano fra loro in una tale opposizione, che uno solo di essi possa esercitarsi pienamente, ha luogo una collisione, e in seguito alla stessa il quesito, a quale diritto spetti la preferenza. Sono da osservarsi in proposito le regole seguenti:

1. Il diritto speciale ha la prelezione in confronto di un diritto meno speciale; quindi il diritto singola-

(a) c. 29 C. II, 3 *de pactis.* — fr. 174 § 1 D. L. 17 *de reg. juris.*—fr. 19 D. V, 2 *de inoff. testam.*

(b) arg. fr. 53 D. XLVI, 3 *de solut.* — fr. 47 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(c) c. 11 C. IV, 1 *de reb. cred.*

(d) Per alienazione in senso lato s'intende anche la costituzione di un pegno, di una servitù e simili. c. 7 C. IV, 51 *de reb. alien. non alien.* In senso stretto però l'alienazione indica soltanto la cessione della proprietà, c. 1 C. V, 23 *de fundo dotali.*

(e) p. e. c. 3 C. XI, 42 *de aquaeductu.*

(f) fr. 4 pr. D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 6 pr. D XX, 6 *Qui mod. pign. vel hyp. solv.*

(g) Il diritto dell'acquirente cessa anche senza che venga espressamente revocato col cessare del diritto del suo autore (*resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis*), fr. 3 D. XX, 6, —fr. 2 § 4 D. XLI, 4 *Pro emtore*, — Fritz nell'*Archivio per la pratica civile*, VIII, 2, p. 282. *Intorno all'estinzione dei diritti reali sulle cose altrui cessando il diritto di chi li concede.*

(h) C. VIII, 55 *de revoc. donat.*

(i) Vedremo nel § 112 quando si estinguono i diritti per la prescrizione.

(k) Gl'interdetti *recuperandae possessionis* però hanno luogo anche dopo perduto il possesso (§ 195).

(a) Thibaut *Saggi* T. II, n. 14.—Hufeland, *del vero spirito del Diritto romano* T. II, n. 7.

(b) Così una femmina può benissimo far uso del beneficio del Senatoconsulto Vellejano contro un'altra femmina (§ 620), sebbene quel privilegio lo godano tutte le donne. Thibaut nella *Dissert.* sopra citata, p. 286.

ra si antepone al diritto comune, un privilegio al diritto singolare, e un privilegio più speciale a un altro meno speciale (*c*).

2. Se i diritti in collisione hanno la stessa natura, si osserverà innanzi tutto, se la legge non accordi all'uno o all'altro la preferenza. Così fra gli altri (*d*) si deve preporre il privilegio anteriore al posteriore (*e*); il pegno antecedente al pegno susseguente, se del resto hanno le stesse qualità (*f*); la pretesa di una data più lontana a quella di una data più vicina, nel caso che taluno abbia con più persone conchiusa la stessa convenzione intorno allo stesso oggetto (*g*).

3. Se le leggi nulla dispongono in proposito, allora si considererà se la collisione dei diritti consista soltanto in ciò, che coloro ai quali essi competono, vogliano servirsene gli uni contro gli altri, come, per modo di esempio, se un minorenne volesse far valere il benefizio legale della restituzione in intiero contro un altro minorenne; oppure in ciò, che i diritti di più persone senza che queste si muovano lite fra loro, cadano lo stesso oggetto, come p. e. nel concorso dei creditori, quando la massa non è sufficiente (*h*). Nel primo caso, si dà la preferenza a quello che nell'esercitare il suo diritto mira ad ovviare un danno positivo in confronto di chi cerca semplicemente di conservarsi un utile percepito (*i*): se amendue si trovano allo stesso partito, allora si antepone il possessore, o quegli che ricevette qualche cosa dalla controparte, senza esserne divenuto più ricco (*k*): non potendosi applicare nemmeno questa regola, i diritti in collisione si distruggono a vicenda, nè alcuno di essi può farsi valere (*l*). Nel secondo caso, collidendo cioè i diritti di più persone nello stesso oggetto, resta preferito quegli ch'è in possesso della cosa (*m*): se la cosa non è in possesso di alcuno, ed è divisibile, la si divide proporzionatamente fra i creditori (*n*); se essa è indivisibile, allora nissuno vi ha diritto (*o*), se non fosse che taluno dei diritti in collisione dovesse venire assolutamente esercitato; nel qual caso, dove la legge non abbia

(*c*) fr. 80 D. L. 17 *de reg. jur.*

(*d*) Vedi fr. 3 § 2 D. XIV, 6 *de Senatuscons. Maced.* — fr. 11 § 7. fr. 12 D. IV, 4 *de minor.*

(*e*) c. 7 C. I, 19 *de precibus imperat.* — c. 12 § 1 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.* — Nov. 91, c. 1.

(*f*) fr. 12 D. XX. 4 *Qui potior. in pign.*

(*g*) fr. 26 D. XIX, 2 *Locati*. Non si può estendere ad altri casi non contenuti nella Legge quanto abbiam qui detto rispetto ai privilegii, ai diritti di pegno, ed ai crediti; Thibaut p. 292. Di opinione diversa è Hufeland p. 31.

(*h*) Thibaut chiama la prima collisione *diretta*, e la seconda *indiretta*.

(*i*) fr. 11 § 6, fr. 34 pr. D. IV, 4 *de minor.* Hufeland nella *Dissertazione* citata; pag. 36, limita questa regola alla restituzione in intero. Ma confr. fr. 14 D. XII, 6 « *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* » Fritz nelle *Illustr. a Wening* I, pag. 64, osserva contro l'argomentazione di Thibaut, in base ai frammenti su riportati, che il minorenne non apparisce pregiudicato in quanto che resta ancora arricchito dal mutuo, e che quindi esso non ha diritto a restituzione. Quest'osservazione in complesso è giusta e sottile. Tuttavia noi crediamo che i Romani ritenessero esservi qui collisione, poichè se il mutuante si potesse difendere nel caso qui contemplato contro il minorenne colla semplice restituzione in intiero, nel fr. 11 § 6 non si leggerebbero queste parole: *Pomponius simpliciter scribit, non esse restituendum* ». Vi erano adunque dei Giureconsulti, i quali opinavano che contro un minorenne nel caso qui contemplato non poteva aver luogo la restituzione in intiero; e questo diritto in genere stava in collisione col diritto dell'altro minorenne di domandare una tale restituzione.

(*k*) fr. 11 § 6, fr. 34 pr. D. IV, 4 *de minor.* — fr. 125, fr. 126 § 2, fr. 128 pr. D. L, 17 *de reg. jur.*

(*l*) fr. 36 D. IV, 3 *de dolo malo.* — fr. 17 D. XVIII, 6 *de peric. et comm. rei vind.* — fr. 39 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(*m*) fr. 128 D. L, 17 *De reg. juris.* — Se ne leggono esempi nel fr. 6 § 7, fr. 24 D. XLII, 8 *Quae in fraudem cred.* — c. 15 C. III, 32 *De rei vind.*

(*n*) fr. 33 D. XXX, *De legat.* I.

(*o*) fr. 42, 43 D. XXVIII, 5 *De hered. instit.*

altrimenti proveduto (*p*), decide la sorte (*q*).

§ 107.
Dei modi di far valere i propri diritti.

I diritti non si possono far valere che in un modo legittimo. Il farsi giustizia da sè è, di regola, vietato: chi toglie quindi di proprio arbitrio al suo debitore quanto questo gli deve, perde le sue ragioni (*a*); chi leva ad un terzo il possesso della sua cosa, perde la proprietà della stessa; e per ultimo, chi usurpa con violenza una cosa altrui, sostenendo di esserne egli il proprietario, non solo deve restituirla al vero padrone, ma ne deve eziandio esborsare il prezzo (*b*). Solo la necessaria difesa di noi medesimi e delle nostre cose è permessa (*c*): da essa in fuori conviene far valere i proprii diritti avanti i tribunali; il che si fa o con azioni, o con eccezioni, o con interdetti: cose delle quali passiamo a trattare in generale (*d*).

§ 108.
Idea dell'azione.

Azione (*actio*) dinota in senso lato ogni mezzo legale con cui si procura di far valere o difendere i proprii diritti in faccia all'autorità competente, e in questo senso appartengono a questa classe non solo le azioni propriamente dette, ma eziandio l'eccezioni, gl'interdetti e le restituzioni in intiero (*a*). In senso stretto però *actio* indica il diritto di reclamare in giudizio, ciò di cui un terzo ci è debitore (*b*). Laonde altro essa non è che un diritto o un mezzo dalla legge concesso per costringere la controparte a comparire innanzi alla sua autorità competente e a darci quanto essa ha in mano di nostro, o a prestare quanto è obbligata di prestarci per qualunque siasi fondamento legale. Per un'azione si richieggono:

1. due persone almeno, l'attore (*actor*) e il reo convenuto (*reus, possessor*). Se vi sono più attori, o più rei convenuti, si appellano consorti in lite (*consortes litis*) (*c*). Degne di nota sono alcune azioni in cui ciascun consorte può essere attore reo (*judicia duplicia*) (*d*).

2. È necessario che le parti abbiano il diritto di stare in giudizio; diritto che ai furiosi, ai mentecatti e agl'infanti manca *del tutto*, e *rispettivamente* anche agli impuberi, ai minorenni ed ai prodighi (*e*).

§ 109.
Differenza delle azioni.

I. *In ragione alla loro origine.*

Relativamente alla loro origine, le azioni altre sono civili (*actiones civi-*

(*p*) p. e. fr. 38 pr. § 1 D. XLII, 1 *De re judicata.* — fr. 8 D. II, 14 *De pactis.*

(*q*) § 23 *Inst.* III, 20 *De legat.* — fr. 13, 14 D. V, 1 *De judiciis et ubi.* — fr. 5 D. X, 2 *Famil. ercisc.*

(*a*) Secondo il Decreto dell' imperatore Marco fr. 13 D. IV, 2 *Quod metus causa.*

(*b*) c. 7 C. VIII, 4 *Unde vi.* Chi amasse di conoscere più accuratamente questa materia vegga Linde: *Supplementi alla dottrina della propria tutela* nel *Giornale pel Diritto civile e Processo.* Giessen 1828 I, 3, p. 392. P. Kritz *Dissertazioni esegetiche pratiche su tutto il Diritto civile*, Lipsia 1824, p. 79-100. Vedi anche la *Risposta di Thibaut* nell' *Archivio per la pratica civile* VIII, 1, p. 139.

(*c*) fr. 45, pr. fr. 52 § 1 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*d*) Fra i tedeschi i migliori scrittori in proposito sono G. L. Schmidt *Delle azioni ed eccezioni*, ultima edizione, Jenna 1813 e A. D. Weber *Supplementi alla dottrina delle azioni ed eccezioni,* ediz. 3.za Schwerin 1803.

(*a*) fr. 1 D. XLIV, 1 *De except. praescript.* — fr. 37 pr. D. eod. — Pauli *Recept. sent.* I, 7, § 1.

(*b*) pr. *Inst.* IV, 6 *De action.*

(*c*) C. III, 40 *De consort. ejusdem litis.*

(*d*) Tali sono l'*actio familiae erciscundae*, fr. 2 § 3 D. X, 2 *Famil. ercisc.*, l'*actio finium regundorum*, e l'*actio de communi dividundo*, fr. 10 D. X, I. *Fin. reg.*

(*e*) fr. 1 pr., fr. 7 pr. D. XXVII, 10 *De curat. furios.* — c. 1, 2 C. III, 6 *Qui legitimam personam stand.*

les), altre onorarie (*honorariae*): quelle scaturiscono dal Diritto civile, queste dagli Editti dei magistrati (*a*). Le azioni civili più antiche furono dette *actiones legis* (*b*), quelle introdotte con leggi posteriori, e che non hanno alcun nome loro proprio, *condictiones ex lege* (*c*): le azioni onorarie sono *praetoriae* o *aedilitiae*, secondochè vennero istituite dai pretori, o dagli edili. Un'altra divisione delle azioni è quella in dirette ed in utili (*actiones directae et utiles*): le prime s'intentano per far valere quel diritto per cui furono introdotte; le seconde si ammisero in casi simili per analogia (*d*). Secondo il Diritto romano novissimo, non esiste fra questi due generi di azioni alcuna differenza, nè consta in che cosa anticamente diversificassero. Quasi tutte le azioni dirette hanno la loro denominazione particolare (*e*). Sono da notarsi, oltre queste due specie di azioni, anche le così dette *actiones in factum* o *praescriptis verbis*, che in gran parte altro propriamente non sono che azioni utili, dinotanti il fatto da cui sorgono (*f*) (§ 503 in fine), e ammesse per analogia e per riguardo di equità in mancanza di altri mezzi fissati dalle leggi.

§ 110.

II. *Relativamente al loro fondamento prossimo.*

In questo rapporto si distinguono azioni reali (*in rem*) e azioni personali (*in personam*): le reali competono astraendosi da determinate persone, e possono quindi esercitarsi contro chiunque ci muove controversia sui nostri diritti: delle personali si fa uso soltanto contro chi ha incontrato con noi qualche obbligo particolare (*a*). Colle azioni reali noi domandiamo la cosa nostra, o un diritto reale sopra una cosa altrui, o una eredità devolutaci; e in questi casi tali azioni si chiamano *vindicationes, petitiones*; se poi si riferiscono al nostro stato (*status*) o all'unione di famiglia, allora si dicono *actiones praejudiciales* (*b*) (V. § 102 nota *c*). Le azioni personali si chiamano puramente *actiones*, o *condictiones* (*c*). Vi sono certe azioni, colle quali si fa valere un diritto reale e nello stesso tempo si costringe l'avversario ad una prestazione personale, cosicchè hanno l'apparenza di azioni miste; e quindi molti autori ammettono in fatto una terza categoria di azioni, cioè quella delle azioni miste (*actiones mixtae*) (*d*).

Le azioni personali che nascono da contratti o da quasi-contratti, sono *actiones directae*, quando si promuovono contro quello che pel contratto o pel quasi-contratto restò essenzialmente obbligato; e si dicono *actiones contrariae*, se dirette contro una sola persona che solo accidentalmente

(*a*) fr. 25 § 2 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — § 3 *Inst.* IV, 6 *De actionibus.*
(*b*) Gaji *Inst.* IV, § 10 et seq.
(*c*) fr. un. D. XIII, 2 *De condict ex lege.*
(*d*) fr. 21 D. XIX, 5 *De praescript. verbis.*
(*e*) Così p. e. *Actio directa empti venditi, locati conducti.*
(*f*) fr. 1 pr., fr. 2, 3, 11 D. XIX, 5.

(*a*) fr. 25 pr. D. XLIV, 7. Formano una specie di mezzo fra le azioni reali e le personali le *actiones in rem scriptae*, cioè quelle il cui fondamento è un diritto personale, ma che non pertanto possono esser dirette contro ogni possessore della cosa, ch'è l'oggetto di tale diritto. Tali sono l'*actio quod metus causa*, fr. 9 § 8 D. IV, 2 — *Actio de pauperie*, pr. *Inst.* IV, 9. — *Actio ad exhibendum*, fr. 3 § 15 D. X, 4.
(*b*) § 13 *Inst.* IV, 6 *De act.*
(*c*) § 15 *Inst.* eod.
(*d*) L'azione ereditaria è chiamata *Actio mixta* nella c. 7 C. III, 31 *De hered. pet.* Anche le tre azioni divisorie vengono comunemente annoverate fra le azioni miste, § 20 *Inst.* IV, 6 *De action.* A miglior ragione per altro si computano le azioni divisorie fra le personali, fr. 1 D. X. 1 *Fin. regund.*, e Löhr dimostrò ad evidenza nel *Magaz.* IV, 1, n. 2 che non vi è alcuna specie particolare di azioni miste.

può essere chiamata a prestare risarcimento (*e*). Delle azioni personali derivanti dal fatto illecito di un terzo, altre sono *actiones rei persecutoriae*, se con esse si domanda soltanto indennizzazione; altre *actiones poenales*, se l'attore insta per una pena privata in denaro; ed altre infine *rei et poenae persecutoriae* ossia *mixtae*, s'esso esige nello stesso tempo l'una cosa e l'altra (*f*). Alcune azioni penali possono essere prodotte da qualunque cittadino, e sono perciò dette popolari (*actiones populares*) (*g*).

§ 111.
III. *Riguardo alla diversità dei giudizii.*

Avuto riguardo al modo con cui il giudice tratta e giudica le azioni, queste si suddividono in *actiones stricti juris, bonae fidei*, e *actiones arbitrariae. Actiones stricti juris* sono quelle, rapporto alle quali, sia per la forma in cui fosse stato conchiuso l'affare, sia perchè l'azione in base a fatti unilaterali si riferisce ad un oggetto determinato in modo preciso, il giudice è legato in maniera che non può nella sentenza aggiudicare nè di più nè di meno di quello che risulta da quella data forma o da quel dato oggetto. Se il giudice in vista dei rapporti vicendevoli e delle circostanze particolari di un fatto, gode per ragion di equità di un potere meno ristretto, le azioni si dicono *bonae fidei*. Esse si chiamano finalmente *arbitrariae*, se al giudice manca perfino anche questo punto di appoggio, e la decisione è rimessa intieramente alla sua scienza e coscienza. In tali casi il giudice assume prima le funzioni di arbitro, e solo qualora il reo convenuto non vi acconsente, passa a pronunziare una sentenza più severa (*a*).

§ 112.
IV. *Per rapporto alla loro durata.*

Secondo le antiche leggi romane, si poteva far valere qualunque diritto in qualunque tempo, finch'esso non era perento, tranne s'era fissato per certe azioni, specialmente per quelle pretorie, un dato termine, al di là del quale non potessero essere più prodotte. Nel primo caso le azioni si dicevano perpetue (*perpetuae*), nel secondo temporali (*temporales*) (*a*). Le leggi posteriori (*b*) non fecero mutazioni riguardo alle azioni temporali (*c*); ma fissarono per la produzione di tutte le altre un termine di 30 o 40 anni, sotto comminatoria altrimenti della loro perenzione; il che dai Romani si chiama *temporis exceptio, tempo-*

(*e*) Così dal contratto di compera sorgono due azioni dirette, e dal comodato un'azione diretta ed una contraria.

(*f*) fr. 16-19 *Inst.* IV, 6 *De action.*

(*g*) D. XLVII, 23 *De popular. action.*

(*a*) E. Gans *Delle obbligazioni romane*, Heidelb. 1819. — Warnkönig *Comm.* § 163. — de Wening I, § 39. Quindi appartengono ai negozj *stricti juris:*

1.° a motivo della loro forma, la stipulazione, i testamenti, e l'*obligatio lierarum;*

2.° le azioni per furti ed altri atti ingiusti, nonchè quelle appoggiate ad una legge, per cui si deve in genere prestare qualche cosa di determinato. Confr. § 469 in fine. — Le azioni *bonae fidei* si trovano numerate nei § 28 e 29 *Inst.* IV, 6; e delle arbitrarie ci somministra alcuni esempi il § 31 *Inst.* eod. Appartengono alle azioni *stricti juris* tutte quelle che non sono nè arbitrarie nè *bonae fidei*. Batz nell'*Archiv. per la prat. civ.* III, 1, p. 11-16, è in parte di un'altra opinione. Rosshirt nel suo *Giornale pel Diritto civ.* etc. Heidelb. 1831, p. 31, fissa le differenze fra queste azioni con tutta precisione. *Sulla formula delle azioni arbitrarie* veggasi Benfey nel *Museo romano* IV, 3, p. 311.

(*a*) pr. *Inst.* IV, 2 *de perpetuis et temporalibus act.* Confr. in questa materia specialmente C. A. Unterholzner *Trattato di tutta la dottrina della prescrizione in dettaglio secondo le Legislazioni comuni vigenti in Germania* T. II, Lipsia 1828.

(*b*) c. 3, 4 C. VII, 39 *de praescript. XXX vel XL annorum.*

(*c*) Alcune si estinguono in un anno, come le azioni penali pretorie (§ 579), altre in quattro (§ 662) o in cinque anni (§ 388 n. 6).

ris praescriptio, e dai moderni prescrizione estensiva (*praescriptio exstinctiva*). In regola perciò qualunque azione dev'essere presentata entro 30 anni (*d*) dal momento ch'essa nacque, altrimenti ella si estingue (*e*): ma non si computa però quello spazio di tempo nel quale taluno per impedimenti giuridici era nella impossibilità di far valere il proprio diritto (*non valenti agere nulla currit praescriptio*). Se cessano gli impedimenti, la prescrizione riassume il suo corso (*f*); e se la medesima aveva incominciato già prima di essi, si computa il tempo anteriore insieme con quello posteriore. Coerentemente pertanto all'accennato principio:

I. non corre la prescrizione:

1. nelle azioni del figlio di famiglia concernenti il peculio avventizio (§ 150), durante la patria potestà (*g*);

2. in quelle degl'impuberi (*h*);

3. in quelle che risguardano beni immobili dotali che, sciolto il matrimonio, passano immediatamente nella moglie, finchè dura il matrimonio, o finchè non si scopra che il marito è insolvente (*i*) (§ 561);

4. nelle azioni contro l'erede, durante la confezione dell'inventario (k);

5. nella così detta azione *tigni juncti*, finchè non è ancora seguita la separazione (*l*).

Per un semplice impedimento di fatto la prescrizione non resta sospesa, ma il danneggiato può secondo le circostanze domandare la restituzione in intiero.

II. S'interrompe la prescrizione già incominciata, se quegli a cui vantaggio essa corre, riconosce espressamente o tacitamente il diritto dell'altro (*m*), o se quegli contro cui la prescrizione è già in corso, esercita il suo diritto (*n*) o produce un'azione, e questa viene intimata al reo convenuto (*o*).

(*d*) In 40 anni si estinguono le azioni delle chiese e pie corporazioni riguardo a beni immobili, quelle dell'Imperatore concernenti i benifondi patrimoniali, l'azione ipotecaria in certi casi (§ 256), e finalmente qualsiasi azione che fosse stata presentata ma poscia interrotta; nel qual caso la prescrizione incomincia a correre dall'ultimo decreto del giudice (§ 219). Del resto s'intende per sè, che l'azione ad una cosa si estingue nello stesso momento in cui un altro acquista la proprietà della medesima coll'usucapione di 3, 10 o 20 anni.

(*e*) c. 3 C. VIII, 39 *de praescr. XXX vel XL annorum.* — c. 1 § 1 C. VII, 40 *de Annal. except.*

(*f*) La prescrizione non corre finchè dura l'impedimento (*praescriptio dormit*)

(*g*) c. 1 § 2 C. VII, 40 *de Annal except.*

(*h*) c. 3 C. VII, 39 *de praescr. XXX vel XL annorum.* — Da questo passo suolsi ordinariamente argomentare che le azioni dei minorenni si estinguono soltanto in 40 anni. Ma chi legge attentamente quella costituzione, e nello stesso tempo riflette che un minorenne non può mai da sè stare in giudizio, e nemmeno denunziare il suo tutore come sospetto, preferirà la interpretazione, che contro un minorenne non corra alcuna prescrizione. Confronta B. Pfeiffer *Trattato pratico su tutte le parti della Giurisprudenza*, T. I, Hannover 1825, e Thibaut nell'*Arch. per la prat civ.* IX, 3, p. 404. Le azioni temporali dei minorenni sono soggette alla prescrizione solo dal momento che divennero maggiori di età, c. 5 C. II, 41 *In quibus causis in integr. rest.*

(*i*) c. 30 C. V, 12 *de jure dot.* Confr. Buchholtz nelle sue *Dissertazioni* n. 11. Ma la prescrizione non resta sospesa, s'essa incominciò a correre già prima che fosse portata la dote, fr. 16 D. XXIII, 6 *de fundo dot.* Confr. anche Löhr nell'*Archiv. per la prat. civ.* X, 1, n. 2.

(*k*) c. 22 § 11 C. VI, 30 *de jure delib.*

(*l*) § 29 *Inst.* II, 1 *de rer. div.*

(*m*) c. 5 C. VIII, 40 *de duob. reis. stip.*

(*n*) fr. 18 D. VIII, 3 *de serv. pr. rustic.* — fr. 9 § 1 D. VIII, 5 *Si serv. vind.* — fr. 2 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*o*) c. 3 C. VII, 40 *de annali except.* Ma nelle azioni temporali per l'interruzione è necessaria la *contestatio litis*, ossia la dichiarazione del reo convenuto, ch'esso è disposto a difendersi, fr. ult. § 1 in fine D. XXVII, 7 *Ad fidejuss. et nom.* — Unterholzner al § 124 della citata sua opera sostiene ch'ei si richiegga la *litis contestatio* per l'interruzione della prescrizione di qualsiasi azione. Del resto la contestazione della lite cessò col cessare dell'antica procedura; e la lite divenne pendente colla semplice citazione del reo convenuto (A. V. S. Franke *Sulla nozione della pendenza della lite* nell'*Archiv. per la prat. civ.* XVI, 3, p. 446.) Le parole « *litem movere* » che s'incontrano nel testo della legge, non significano solamente che l'azione sia stata presentata, ma ch'essa sia stata comunicata anche al reo o che questo sia stato dietro l'azione citato in

Non s'interrompe la prescrizione per una interpellazione stragiudiziale (*p*). Nel caso però che la controparte fosse assente e non avesse nominato alcun procuratore contro cui poter agire, è facoltativo a chi sta per risentire un danno dalla prescrizione, di recarsi dal preside della provincia e di presentargli un libello. Se non gli è possibile in nessun modo di recarsi dal preside, dovrà almeno presentare una protesta in iscritto al vescovo o al difensore della città. Nell'assenza anche di questi, basterà per interrompere la prescrizione di far affiggere pubblicamente nel luogo di dimora dell'avversario una petizione sottoscritta da pubblici notaj, o, se in luogo non ve ne sono, da tre testimoni (*q*). Anche la perdita del possesso interrompe l'azione contro il possessore (*r*), a meno che non sia nato soltanto un cambiamento nella persona del medesimo (§215 in fine). Se la prescrizione già interrotta torna a correre di nuovo, non si computa il tempo decorso avanti la sua interruzione (*s*).

III. La prescrizione non è terminata che allo spirare dell'ultimo momento del termine della legge fissato, e perciò ha luogo la computazione naturale (*t*).

IV. La prescrizione ha il suo fondamento unicamente in ciò, che quegli contro cui essa corre, non esercita il proprio diritto, nè è necessaria la buona fede in chi profitta della prescrizione (*u*).

giudizio, fr. 18 pr. D. XXXIV, 9 *de his quae ut indign.* Confronta il fr. 20 § 11 D. V. 3 *de hered. pet.*

(*p*) fr. 13 D. XLI, 4 *Pro emtore.*

(*q*) c. 2 C. III, 40 *de annal. except.* Confronta Marezoll nel *Mag.* di Grollman IV, 2 e 3 p. 381.

(*r*) c. § 1 C. VII, 39 *de praescr. XXX vel XL annorum.*

(*s*) c. 8 § 1 C. VIII, 39 eod.

(*t*) fr. 6 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*u*) c. 8 § 1 C. VII, 36 *cit.*

V. C'è controversia fra i Giureconsulti, se per la prescrizione vada perduta soltanto l'azione, o anche il diritto stesso, dimodochè non lo si possa più far valere in nessuna maniera, e quindi nemmeno in via di eccezione o compensazione (*v*). Noi ci

(*v*) Kaufmann § 105, Warnkönig. *Comm.* I, n. 169. Unterholzner § 258 nella sua *Dottrina della prescrizione*, Guyet nell'*Arch. per la prat. civ.* XI, 1, p 62, sono di parere, che vada perduta soltanto l'azione. All'incontro Wening I, § 50, Löhr nell'*Arch. per la prat. civ.* X, 1, p. 72, son d'avviso che si estingua anche il diritto. A sostegno della prima opinione si adducono fr 5 § 6 D XLIV, 4 *de doli mal.* e c. 5, 6 C. VIII, 36 *de except.*, onde si desunse il noto principio: « *Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* ». Per l'opinione esternata in questo paragrafo stanno fr. 6 D. XLIV, *de oblig. et act.* — fr. 14 D. XVI, 2 *de compens.* — fr. 26 § 3 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 37 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* Tra i fautori più recenti di questa opinione figurano specialmente Heimbach *Sull'effetto della prescrizione delle azioni* nel *Giornale pel Diritto civile e Processo*, Giessen 1828, I, 3, p. 436, e Vermehren: il primo si riporta anche ai passi seguenti: fr. 1 § 6, 6 D. IV. 3 *de dolo malo.* — fr. 18 § 1 D. XIII. 5 *de const. pec.* — fr. 38 1 4 D. XLVI; 4 *de solut. et liber.* — fr. 45 in fine D. XXVI, 3 *de administ. et peric. tutor.* — fr. 15 § 1 D XLVI, 8 *Ratam rem haberi;* e il secondo adduce molte nuove ragioni nel menzionato *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* II, 2 e 3. Noi riporteremo ancora due soli passi del Codice, che a nostro parere sono assai influenti, c. 4 C. VII, 39 *de praescrit. XXX vel XL annor.... nullumque jus privatum vel publicum in* quacumque causa, *vel quacumque persona, quod praedictorum XXX vel XL annorum* extinctum *est jugi silentio moveatur...* e c. 9 C. eod... *taciturnitate* jure suo lapsi *esse videbantur... et suas fortunas ad alios translatus videntes.* Come sarebbe possibile che in questa costituzione emanata da Giustiniano medesimo si dicesse che coloro contro cui compi la prescrizione, veggano passare la loro sostanza in mano d'altri, s'essi si avessero ancora il diritto, e se solo fosse stata limitata la loro capacità di far valere i loro diritti in giudizio? Attesa la consonanza fra i passi del Codice e quelli delle Pandette in proposito, siamo inoltre intimamente convinti che non sussista in proposito eccezione nemmeno rispetto alle azioni di proprietà e ipotecaria in forza della c. 8 § 1 C. VII, 39 eod, e che la ingegnosa spiegazione che di questa costituzione ci diede Löhr nell'*Arch. per la prat. civ.* X, 1 p. 18, sia invece la vera. A senso di quella costituzione, il proprietario e il creditor ipotecario, se il possessore di mala fede perde il possesso, compita la prescrizione, sarebbero autorizzati a vendicare la cosa da un

attenghiamo all'opinione di quelli che sostengono, estinguersi sempre per la prescrizione tanto l'azione che il diritto medesimo, e ciò pei passi citati nella sottoposta nota.

§ 113.

V. *Rapporto alla loro trasmissibilità agli eredi.*

Alcune azioni (*actiones transitoriae*) passano agli eredi, e si possono far valere anche contro di essi: altre si estinguono colla morte dell'attore, o del reo. Sono da osservarsi in ciò i principii seguenti:

1. Le azioni penali (*a*), e così pure tutte quelle che si fondano sul dolo del reo convenuto, passano bensì agli eredi dell'attore, ma non contro quelli del reo medesimo, salvochè essi avessero tratto qualche utile dal dolo del defunto, nel qual caso sono obbligati a restituire quanto hanno percetto (*b*).

2. Non si possono esercitare nè dagli eredi nè contro gli eredi le azioni popolari (*actiones populares*) (*c*), nè l'*actio injuriarum* (*d*), nè quella *de calumniatoribus* (*e*), nè quella *de revocanda donatione* (*f*).

Da questi esempii gli antichi Giureconsulti dedussero la massima generale: *omnes actiones vindictam spirantes neque in heredes, neque ad heredes transeunt.* Ma erronea è una tal massima, poichè tutte le azioni penali in ultima analisi spirano vendetta, e tendono alla punizione di atti delittuosi ed illeciti (*g*). A quella regola sembra invece potersi sostituir la seguente: non passano agli eredi le azioni fondate sopra un atto colpevole, che non abbia scemato le sostanze del danneggiato.

3. La *querela inofficiosi testamenti* può bensì intentarsi contro gli eredi di chi è obbligato, ma non passa agli eredi dell'autorizzato (*h*).

Del resto, seguita che sia la contestazione della lite, qualunque azione compete tanto agli eredi quanto contro gli eredi (*i*).

§ 114.

Del concorso delle azioni (*a*).

Vi ha concorso di azioni, quando vi sono nello stesso tempo più attori e un reo solo o più rei e un solo attore, o finalmente più rei e più attori (*concorso soggettivo*); (*b*) o quando un attore può esercitare più azio-

terzo possessore illegittimo. Ma ciò è fondato nella natura stessa della cosa, e non si oppone al principio generale, che colla prescrizione non si estingua soltanto l'azione, ma anche il diritto; poichè e l'una e l'altro restano distrutti solo da un'eccezione, e quindi cessano soltanto in confronto a quello a cui una tal eccezione compete. Ma nel caso contemplato dalla costituzione in discorso il possessore illegittimo non ha eccezioni, mentre si suppone ch'esso non abbia posseduto ancor la cosa per trent'anni, nè esso può derivare il suo diritto da quello a cui spettava l'eccezione della prescrizione; quindi è naturale che il diritto del proprietario e del creditore ipotecario è pienamente operativo. Rosshirt nel suo *Arch.* I, 2, p. 158 e 169 distingue così; o «l'oggetto controverso è una semplice *obligatio civilis;* e in questo caso, perduta l'azione ogni cosa è perduta; o s'esso è nello stesso tempo un debito naturale (*debitum naturale*) locchè si verifica in tutte le obbligazioni che si chiamano miste; e allora l'obbligazione naturale continua a sussistere, sebbene l'azione si estingua. — Ultimamente sostenne anche Büchel la nostra opinione nella sua opera *Sulla forza della prescrizione delle azioni*. Marburgo 1832.

(*a*) § 9 *Inst.* IV, *de damno injuria dato.* — D. XLVII, 1 *de delictis.*

(*b*) Sono quindi di questa categoria tutte le azioni persecutorie nascenti da un delitto, fr. 16 § 1 D. IV, 2 *Quod metus causa.* — fr. 9 § 1 D. XXVII, 6 *Quod falso tut. auct. gest.*

(*c*) fr. 7, 8 D. XLVII, 23 *De popul. action.*

(*d*) fr. 13 D. XLVII, 10 *de injur.*

(*e*) fr. 4, 5 D. III *de calumniat.*

(*f*) c. 10 in fine C. VIII, 56 *de revoc. donat.*

(*g*) Warnköning *Comm.* n. 164. — Marezoll nel *Magaz.* di Grollman e Löhr IV, 2 e 3, p. 363.

(*h*) fr. 8 pr. D. V, 2 *de inoff. test.*

(*i*) § 1 *Inst.* IV, 12 *de perpet. et temp. act.* — fr. 26, fr. 33 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*a*) Confr. specialmente Thibaut *Diss. civ.* Heidelberg 1814, p. 146-204.

(*b*) Sul concorso soggettivo veggasi il *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* I, 2 p. 308 e 316.

ni contro lo stesso reo (*concorso obbiettivo*). Quanto al concorso soggettivo, vale la regola, che l'azione intentata da un attore contro un reo non giova nè nuoce agli altri, dimodochè questi possono citare in giudizio ed esservi citati anche in seguito a meno che da più persone non si possa ripetere o non sia da prestarsi la stessa cosa che una sola volta (*in solidum*) (*c*), oppur a meno che non concorrano due titoli lucrativi nella stessa persona e cosa, nel qual caso quando la cosa è stata già consegnata da uno, non può esigersi da un altro (*d*).

Rispetto al concorso obbiettivo, sono da notarsi le regole seguenti:

1. Si esercitano più azioni sucessivamente, se non si può presentare un'azione, qualora non ne sia stata prima prodotta un'altra (*e*).

2. Di regola, è lecito d'intentare contemporaneamente o in ordine successivo quelle azioni che si riferiscon ad oggetti fra loro staccati (*f*); purchè tali azioni non competono alternativamente, mentre allora non si fa luogo che ad una sola (*g*).

3. Se si può domandare la stessa cosa con più azioni, l'attore ha la scelta (*h*): ma s'esso è stato già soddisfatto in base alla prima azione, perde le altre; se invece nella prima azione è rimasto soccombente, può far uso della seconda (*i*); e se con questa può domandare di più di quello che ottenne colla prima, gli è libero di servirsi della medesima per avere il resto (*k*).

§ 115.

Delle eccezioni (*a*).

Un'eccezione (*exceptio*) in senso lato si chiama ogni difesa in genere che si oppone ad un'azione: in senso proprio, essa è l'allegazione di un fatto contrario ad un'azione, che in sè è valida (*b*). Perchè il reo possa coll'eccezione far respingere l'azione, è necessario:

1. che sia provato il fatto su cui si fonda l'eccezione (*c*);

2. che si appoggi ad un tale diritto del rèo, che si contrapponga direttamente alla pretesa dell'attore (*d*).

Coll'eccezione non si ottiene già la condanna dell'attore, ma unicamente la soluzione del reo (*e*); solo nei co-

(*c*) § 1 *Inst.* III, 16 (17) *de duob. reis.* — fr. 1 § 10. fr. 2, fr. 3 D. IX, 3 *de his. qui effud.* — fr. 5 D. XLVI, 1 *de fidejuss.*

(*d*) § 6 *Inst.* II, 20 *de legat.* Ulteriori eccezioni si leggono nel fr. 3 § ult., fr. 6 § ult. D. IV, 9 *Nautae* — c. 22 pr. § 1 e 2 C. VI, 2 *de furtis.*

(*e*) Così per poter istituire l'azione vendicatoria è necessario che preceda l'*actio ad exibendum*, fr. 23 § 5 D. VI, 1 *de rei vind.* — fr. 3 § 6 D. X, 4 *Ad exibendum* (§ 614).

(*f*) Così un'*actio rei persecutoria* può venir prodotta unitamente ad un'azione penale, fr. 7 § 1 D. XIII, 1 *de condict. furt.* — fr. 54 (56) § 3 D. XLVII. 2 *de furtis.*

(*g*) fr. 112 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*h*) fr. 43 § 1, fr. 57 D. L, 17 *de reg. jur.* Se ne trova un esempio nel fr. 43 D. XIX, 2 *Locat.*

(*i*) Ciò può avvenire se le azioni nascono da fondamenti diversi, poichè s'esse scaturissero dallo stesso fondamento, si potrebbe opporre alla seconda azione la eccezione della cosa giudicata, fr. 76 § 8 D. *de legat.* II.

(*k*) fr. 7 § 1 D, XIII, 6 *Commodat.* — fr. 28 D. XIX. 1 *de act. emt.* Sembra che stieno con questi citati in contraddizione i seguenti. fr. 34 § 2, fr. 41 § 1 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — fr. 1 § 21, fr. 2 D. XXVII, 3 *de tutel. et ration. distrah.* — Pure questi passi si possono conciliare benissimo coi primi. Confr. Thibaut, p. 190. Sul fr. 34 § 2 D. XLIV, 7 veggasi anche Klüpfel nell'*Arch. per la prat. civ.* II, 2. p. 253.

(*a*) D. XLIV, 1 *de except. praescr.* — C, VIII, 36 *de except.*

(*b*) fr. 2 pr., fr. 22 pr. D. XLIV, 1. — pr. *Inst.* IV, 13 *de except.* Confr. Höpfner *Comm.* 6.ta edizione § 1196, e Warnköning *Comm.* n. 174 combinato col n. 86.

(*c*) Quindi è che si dice, *reus excipiendo fit actor*, fr. 1 D. *de except.*, e da ciò risulta altresì, che la semplice negativa del fatto, su cui l'attore fonda la sua domanda, non è una vera eccezione, c. 9 *in initio* C. *de except.*

(*d*) Non si può quindi desumere eccezioni da un diritto che non si oppone alla domanda dell'attore, c. 4 C. IV, 23 *de commodat.*

(*e*) fr. 2 pr. § 2 D. *de except.*

si detti giudizii duplici (*judicia duplicia*) (§ 108) può anche l'attore venir condannato, contenendo in essi l'eccezione un'azione contrapposta alla domanda dell'attore (*f*).

§ 116.
Divisione delle eccezioni.

Le eccezioni si dividono rispetto alla *loro origine*, appunto come le azioni, in civili ed onorarie, secondochè scaturiscono dal Diritto civile o dalla giurisdizione del pretore (*a*). Quando al *soggetto*, vi hanno eccezioni *in rem* ed *in personam:* le prime sono talmente connesse alla cosa di cui si tratta, che competono a tutti i successori ed interessati in causa, come, a modo di esempio, ai *fidejussori;* le ultime competono esclusivamente a certe persone (*b*). Relativamente al *tempo*, esse sono perentorie (*perpetuae, peremtoriae*) o dilatorie (*temporales, dilatoriae*), secondochè distruggono intieramente l'azione (*c*), o ne sospendono soltanto l'effetto per un dato tempo e in date circostanze (*d*).

§ 117.
Come si estinguono le eccezioni.

Le eccezioni perentorie non si prescrivono, di regola, prima che sia stata intentata l'azione, non dipendendo dal reo di stabilire il tempo in cui essere convenuto (*a*). Esse si estinguono:

1. colla perdita del diritto su cui si fondano (§ 112, n. V.);
2. lasciando trascorrere un termine in causa (*b*):
3. talvolta anche in via di pena (*c*).

Le eccezioni personali si sciolgono colla morte della persona alla quale spettano, e le dilatorie trascorso il tempo, o mutate le circostanze.

§ 118.
Replica e duplica.

La risposta dell'attore all'eccezione del reo si chiama replica (*replicatio*) e duplica (*duplicatio*) (*a*) quella del reo alla replica; poi viene la triplica dell'attore, e così via dicendo (*b*). Tanto le repliche che le dupliche si regolano dietro i principii delle eccezioni (*c*).

§ 119.
Degli interdetti. (*a*).

Originariamente altro non erano gl'interdetti che formole con cui il pretore ordinava o vietava qualche cosa, il che avea luogo nominatamente in controversie di possesso o di quasi-possesso (*b*).

Il pretore staccava o un ordine od un divieto dietro semplice istanza di una parte, se così era già stato anti-

(*f*) fr. 18 § 4 D. XIII, 6 *Commodat.*
(*a*) § 7 *Inst.* IV, 13 *de except.*
(*b*) fr 7 pr. § 1 D. XLIV, 1 *de except. praescr.*
(*c*) p. e. l'*exceptio metus, doli mali* e simili.
(*d*) p. e. l'eccezione, che l'attore non può stare in giudizio, l'*exceptio fori declinatoria etc.*
(*a*) fr. 5 § 6 D. XLV, 4 *de dol. mal.* — c. 5, 6 C. VIII, 36 *de except.* L'eccezione *non numeratae pecuniae* e quella *dotis cautae sed non numeratae*, si estinguono sempre in un tempo strettamente determinato, quand'anche l'azione non sia stata entro lo stesso prodotta (§ 517, 560).
(*b*) c. 8, 12, 13 C. *De except.* — Gaji IV, § 125. Di regola l'eccezioni si devono addurre in processo; pure alcune si possono opporre con efficacia anche dopo pronunziata la sentenza, nel corso della esecuzione. Tali sono l' *exceptio senatusc. Vellejani* (§ 620 *f*), l'*exceptio senatusc. Macedoniani* (§ 505 *d*), in forma di una *exceptio doli* (§ 647 *l*).
(*c*) p. e. fr 10 § 1 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — c. 1 C. IV, 28 *Ad senatusc. Maced.*
(*a*) pr. *Inst.* IV, 14 *de replicat.*
(*b*) § 2 *Inst.* IV, 14.
(*c*) fr. 2 § 1-3 D. XLIV, *de except.*
(*a*) Savigny *Diritto del possesso* § 34. — Thibaut nell *Arch per la prat. civ.* X, 3, n. 23. — Löhr nello stesso XII, 1. — Zimmern *Storia del Dir. rom. priv.* III, p. 219.
(*b*) pr. *Inst.* IV, 15 *de interdictis.*

cipatamente promesso nell' editto pretorio (*c*).

Se il convenuto obbediva immediatamente, tutto era finito. Stava però in facoltà d'amendue la parti di instare negl' interdetti proibitori e restitutori (vedini più sotto la difinizione), perchè venisse nominato un arbitro, cioè un giudice colla così detta formula arbitraria (*d*). L' ufficio di questo giudice (*arbitrium*) consisteva nell'investigare se era stato in effetto contravvenuto all'editto in base al quale erasi rilasciato il comando o il divieto pretorio (*e*). Gl' interdetti non tendevano adunque che a difendere da violazioni i rapporti di fatto come tali, non già anche quelli di diritto; e a questo scopo corrispondeva anche la procedura ad essi relativa. Nei casi in cui la domanda non si fondava sopra una lesion di diritto, non poteva aver luogo un giudizio (*judicium*). Per poter pertanto ricorrere anche in altri casi al poter giudiziario, faceva d'uopo che il pretore ordinasse prima in quale stato dovevano intanto rimanere le cose affinchè o un tal ordine venisse rispettato, o se non veniva rispettato, affinchè si verificasse con ciò la condizione necessaria per emettere la così detta formula. Il diritto che si voleva far valere con un giudizio (*judicium*), incominciava quindi soltanto dall' emanazione dell'ordine del Pretore, ossia dell' interdetto. Le formule, per conseguenza, che servivano d'istruzione pel giudice, si staccavano immediatamente solo per un diritto privato già riconosciuto, mentre per altri oggetti doveva precedere un ordine del pretore.

Riguardo al corso ulteriore del processo, bisogna distinguere, se il pretore aveva proibito qualche cosa (*interdictum prohibitorium*), o comandato che si producesse (*exhibitrium*). Tanto negl' interdetti proibitorii, che negli altri, quando non si aveva sul momento domandato che fosse deputato un arbitro (*arbiter*), una delle parti proponeva una pena convenzionale, e l'altra l'accettava; pena che andava a carico della parte soccombente ed a vantaggio della vittrice. Negli interdetti restitutorii e proibitorii poi (*f*), rispetto ai quali era stato nominato un arbitro, se il reo non si liberava col restituire o produrre la cosa, veniva condannato a pagare *quanti res ea est* (*g*).

La maggior parte dei giureconsulti convengono in giornata di nuovo, che la procedura degl' interdetti fosse sommaria, cioè più spedita e vantaggiosa di quella delle azioni (*h*). Cangiata

(*c*) Gaji *Inst.* IV, 139 e 141. c. 1 C. VIII, 1 *de interd.* « *ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet* (*Praetor*) »

(*d*) Intorno questa formula *arbit.* confronta Zimmern III, § 67.

(*e*) Gaji *Inst.* IV, 141. Più tardi si chiamò interdetto anche l' istanza con cui taluno domandava che venisse emesso l'ordine del pretore.

(*f*) § 1 *Inst.* IV, 15.

(*g*) Zimmern nell'opera citata, p. 221.

(*h*) Savigny nella sua opera *Sul diritto del possesso*, § 34, negò la natura sommaria degl' interdetti, se si faceva la lite dicendo, « *che gl' interdetti erano sommarissimi, se il convenuto obbediva sull'istante, e quindi non si veniva ad un processo; ma che se il processo si faceva, questo non era più sommario di quello delle azioni.* » Ma già Löhr nell' *Arch. per la Prat. civ.* XII, 1, p. 98, facendo allusione alle dichiarazioni più recenti fatte da Savigny in questo proposito, osserva, *che in fondo anche Savigny sembra ora ammettere la natura sommaria degl' interdetti.* E infatti confrontando i passi addotti da Thibaut nella citata *Dissertazione* non resta certo dubbio che negl' interdetti non avesse luogo una procedura più spedita che nelle azioni, Vedi c. 4 Theod. C. IV, 22 *Unde vi.* — c. ult. C. III, 6 *Qui legitimam person. stand.* — c. 14 C. XI, 47 *de agricolis.* — c. 8 C. VIII, 4 *Unde vi.* — c. 1 C. VIII, 5 *Si per vim:* « *ut eos commentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant.* » — c. 3 C. VIII, 2 *Quor. bonor.:* « *omnibus frustrationibus amputatis* » coll. cum. c. 22, Theodos. C. XI, 36 *Quorum appellatio non recipiatur* « *ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuris tarditatis.* » Solo è ancora controverso, se la prestezza della procedura consistesse in

l'antica procedura dal Diritto romano novissimo, si giudica per esso senza interdetti, come se l'azione utile fosse stata concessa in base d'interdetto (*i*). Secondo il Dir. novissimo un interdetto potrebbe quindi definirsi in un'azione sommaria, ammessa dalle leggi in certi casi determinati. Gli interdetti possessori si suddividono in *interdicta retinendae, recuperandae* ed *adipiscendae possessionis*. Coi primi si domanda la cessazione di semplici turbative di possesso, coi secondi la remissione nel possesso perduto (amendue questi interdetti sono conseguenze giuridiche del possesso § 181); coi terzi l'acquisto di un possesso che ancor non si aveva, come, per cagione di esempio, l'interdetto Salviano (§ 257), e quello *quorum bonorum* (§ 392). È da notarsi del resto che, quantunque tutti gl'interdetti pajano reali, non son in effetto che personali, cominciando ad essere efficaci solo colla violazione dell'ordine del pretore (*k*).

ciò, che negl' interdetti bastasse anche una prova incompleta, e quindi venissero respinte tutte le eccezioni non liquide all'istante, oppure se la prestezza avesse luogo soltanto nelle altre parti della procedura. Thibaut sostiene la prima tesi nella citata sua *Dissertazione;* all' incontro la oppugnano Pucthu nella *critica di quella Dissertazione* e negli *Annali* di Erlangen IX, p. 1. Savigny *Giornale* VI p. 259-271 e Zimmern nell'opera menzionata III, p. 223. Ciò ch'è certo si è, che la procedura degl' interdetti secondo la diversità delle circostanze, la cui esposizione sarebbe qui superflua, era più sollecita per ciò che o non si aveva riguardo ai termini fissati dalla Legge, o perchè non si ammettevano in gran parte le eccezioni attendibili in altri casi, ed in fine perchè non si faceva talvolta luogo nemmeno all' appellazione. Rispetto all' altro quesito, se cioè negl' interdetti basti per riuscir vittorioso una prova anco incompleta del diritto, o se sia necessaria una prova regolare; sembra in vero da dire che non sia sufficiente una prova incompleta (c. 1 C. VIII, 2 *Quor. bonor.*, « *si probaveris* » — fr 3 § 13 D. XLIII, 19 *De itinere*); che però non si richiegga nemmeno la prova regolare del diritto, ma d'ordinario essendo sufficiente la semplice prova della circostanza di fatto, dalla cui esistenza dipende l' efficacia dell' interdetto: quindi non v' ha dubbio che un terzo può ancora venire in campo con un' azione contro quello che rimase vittorioso nell' interdetto, poichè di regola gli interdetti hanno per oggetto soltanto di possesso, e le azioni il diritto. Löhr nelle *Dissertazioni* citate, p. 90 e 108. Confr. anche Huschke nei suoi *Studi di Diritto romano,* Breslavia 1830, p. 390.

(*i*) § 8 *Inst.* IV, 15 *De interdict.* — c. 4 C. VIII, 1, eod.

(*k*) fr. 1. § 3 D. XLIII, 1 *De interdictis.*

LIBRO SECONDO

PARTE SPECIALE

DEI DIRITTI DELLE PERSONE.

§ 120. *Divisione.*

Giusta la definizione data al § 102, dobbiamo qui trattare del matrimonio, della patria potestà, della tutela e della cura.

CAPITOLO I.

Del matrimonio (*a*).

TITOLO I.

Della forma interna ed esterna del medesimo.

§ 121. *Nozione del matrimonio.*

Il *matrimonio,* secondo il Diritto romano, è l'unione indissolubile dell'uomo colla donna, avente per iscopo il consorzio più intimo (*a*). Esso è detto specialmente matrimonio civile (*matrimonium civile, justae nuptiae*), se si contrae fra cittadini romani (*b*), di modo che la moglie ottenga i diritti proprii della condizione del marito, e questi la patria potestà sulla prole. In ciò esso differisce dal concubinato, ossia da quell'unione di un uomo libero con una donna libera (*c*), in cui quest'ultima non gode i diritti della condizione del marito, e la prole non è legittima, nè soggetta alla patria potestà. Si chiama *matrimonium juris gentium* quello tra forestieri, e questo non produce altre conseguenze che quelle provenienti dal Diritto delle genti (§ 46). Finalmente si dice *contubernium* l'unione fra schiavi e schiave tra loro o con individui liberi (*d*).

§ 122. *Degli sponsali.*

Gli *sponsali* sono un contratto con cui due persone di sesso differente si promettono di unirsi in seguito in matrimonio (*sponsalia*) (*a*).

Per la loro validità non è necessaria alcuna formalità estrinseca, ma

(*a*) *Inst.* I, 10 *de nuptiis.* — D. XXIII, 2 *de ritu nupt.* — C. V, 4 *de nupt.* — Gaji I, § 58, 64. — G. Hasse *Il diritto dei conjugi sui loro beni secondo il Diritto romano* T. I. *Diritto antico del matrimonio e del divorzio, natura della dote, e costituzione della medesima,* Berlino 1824. In parte si riporta al *Diritto romano* anche Tomaso Dolliner nella sua classica opera *sul Diritto di matrimonio vigente nell'Austria,* Vienna 1813, T. I, 1818, T. II, 1835 T. III.

(*a*) § 1 *Instit.* I, 9 *de patria potestate.* — fr. 1 D. XXIII, 2 *de ritu nupt.*

(*b*) pr. *Inst.* I. 10 *de nupt.*

(*c*) Non poteva quindi prendere una concubina chi aveva la moglie. Pauli *receptae sent.* lib. II, tit. 20 § 1.

(*d*) fr. 14 § 3 D. XXIII, *de ritu nupt.* — c. 3 C. V, 5 *de incest. et inutil. nupt.*

(*a*) fr. 1, D. XXIII, 1 *de sponsal.*

basta il semplice consenso reciproco (*b*). Ognuno che tosto o almeno in seguito possa contrarre validamente matrimonio, può contrarre anche sponsali (*c*). Questi però, secondo le Leggi romane, non danno azione ad insistere per la conclusione del matrimonio, o per la prestazione di quanto fosse stato stipulato pel caso che si receda dalla promessa (*d*): solo la caparra, o sia ciò che fu dato in contrassegno dei conchiusi sponsali, non si può più ridomandare, se il matrimonio non ebbe luogo per colpa di chi la diede; che se la colpa è di quello che ricevette la caparra, esso, se è minore, la deve semplicemente restituire, ma s'è maggiorenne, è tenuto ad aggiungervi inoltre una somma eguale (*e*).

§ 123.
Impedimenti del matrimonio.

Ognuno può contrarre matrimonio, purchè non gli osti qualche impedimento legale. Degl'impedimenti altri sono assoluti, se il matrimonio non può contrarsi con alcuna persona; altri relativi, se non lo si può contrarre con determinate persone soltanto.

§ 124.
Impedimenti assoluti.

Osta un impedimento assoluto:

1. ai furiosi ed ai difettosi di mente, per mancanza di ragione (*a*);

2. ai castrati, per la impossibilità fisica di ottenere lo scopo (§ 62 nota *g*) (*b*);

3. agl' impuberi, per difetto di età (*c*);

4. a quelli che sono sottoposti alla patria podestà, e non furono abilitati dal consenso paterno, per mancanza di questo (*d*);

5. a coloro che prestano i voti di castità, a cagione di questi (*e*);

6. ai chierici, ricevuti gli ordini maggiori (*f*);

7. a quelli che sono ancora uniti in matrimonio con un'altra persona, a motivo dell'esistente vincolo matrimoniale (*g*).

Due impedimenti assoluti si riferiscono soltanto alle femmine, vale a dire;

8. non può la moglie passare a seconde nozze che dopo un anno dallo scioglimento del matrimonio (*h*);

9. o, se essa fu rimandata per commesso adulterio, non può rimaritarsi finchè vive il marito (*i*).

§ 125.
Impedimenti relativi.

Sono impedimenti relativi: 1. *La parentela naturale*: fra discendenti (*a*), fratelli e sorelle (*b*), e fra quelle persone riguardo alle quali esiste il così detto *respectus parentelae* (*c*). La pa-

(*b*) fr. 4 pr. D. eod. Coloro che sono soggetti all'autorità di un padre o di un testatore, devon riportare il loro consenso, fr. 7 § 1 D. eod. *coll. cum* pr. *Instit.* I, 10 *de nupt.* e fr. 6 D. eod.

(*c*) Possono quindi tanto i minori, fr. 4 D. eod. quanto le femmine durante l'anno di lutto, conchiudere sponsali, fr. 10 § 1 D. III, 2 *De his, qui notantur infamia.*

(*d*) fr. 2 § 2 D. XXIV, 2 *de divord. et repud.* — c. 1 C. V., 1 *de spons.* — fr. 134 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 71 § 1 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.*

(*e*) c. 5 C. eod. — c. 16 C. I, 4 *de episc. aud.*

(*a*) fr. 16 § 2 D. XXIII, 2. Se taluno venne indotto a fare un matrimonio dall'errore, dalla paura, colla forza o coll'inganno, valgano in tal caso i principii generali, § 87-89 e 485, 486.

(*b*) fr. 39 § 1 D. XXIII, 3 *de jure dot.*

(*c*) pr. *Inst.* I. 10.

(*d*) pr. *Inst.* I, 10. — fr. 2, fr. 16 § 1 D, XXIII, 2.

(*e*) Nov. 5, c. 8. — Nov. 6, c. 1 § 7.

(*f*) c. 45 C. I, 3 *de Episcopis et Clericis.*

(*g*) c. 2 C. V, *de incest. et inut. nupt.*

(*h*) fr. 1, fr. 11 § 1 D. III, 2 *de his, qui not. infam.* — Confr. fr. 11 § 2 e 3 eod. e Wening T. III, lib. 4, § 5.

(*i*) fr. 26 D. XXIII, 2 — fr. 29 § 1 D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul. de adult.*

(*a*) § 1 *Inst.* I, 10. — fr. 53 D. XXIII, 2.

(*b*) § 2 *Inst.* I, 10.

(*c*) § 3 e 5 *Inst.* I, 10, — fr. 17 § 2 D. XXIII, 2. Un tale impedimento non si estende quindi più ai figli dei fratelli e delle sorelle, § 4 *Inst.* I, 10. Vedi § 63 nota *h*.

rentela civile: anche cessata l'adozione, essa è un impedimento fra il padre adottivo e la figlia adottiva (*d*) o la vedova del figlio adottivo e la vedova del padre adottivo (*e*): durante poi l'adozione, la parentela naturale è un impedimento tra il figlio adottivo e gli ascendenti (*f*) o discendenti del padre adottivo, supposto però, riguardo agli ultimi, ch'essi si trovino ancora soggetti alla patria potestà del loro padre (*g*); finalmente tra il figlio adottivo e quegli agnati dell'adottante, verso ai quali il primo è tenuto al rispetto di parentela (*h*).

2. L'*affinità* fra tutte le persone in linea retta (*i*), e nelle linee collaterali fra un conjuge e le sorelle ed i fratelli dell'altro (k): la proibizione di contrarre matrimonio con affini nel diritto romano non si estende però più in là (*l*).

3. La *quasi-affinità: a.* fra il padre e la fidanzata del figlio, tra il figlio e la fidanzata del padre (*m*); *b.* fra il padrigno e la vedova del figliastro, e fra questo e la vedova del padrigno (*n*); *c.* fra il marito e la figlia che sua moglie, dopo sciolto giudizialmente il vincolo matrimoniale, partorì da un altro (*o*).

4. La *differenza di religione* è un impedimento fra i cristiani e gli ebrei (*p*).

5. Un *delitto* lo è fra l'adultero e l'adultera (*q*) (V. 124, num. 9), fra il rapitore e la rapita (*r*).

6. La *tutela* e la *cura* fra il tutore o curatore, i loro figli, nipoti od altri eredi (*s*), e la minorenne o curanda; eccettuato che fossero stati resi i conti e che il termine per la restituzione in intiero fosse ormai decorso (*t*), o che il padre avesse già promessa la figlia al tutore, curatore, o al figlio o nipote di essi, o destinatagliela nel testamento (*u*). Anzi tanto erano severe le leggi romane in tal proposito, che se un figlio di famiglia fosse stato tutore o curatore di una giovine, non poteva contrarre matrimonio con essa nè il di lui padre, nè il di lui fratello, che fosse stato con esso ancora soggetto alla patria podestà (*v*).

7. Il *bene pubblico* è un impedimento al matrimonio di un impiegato provinciale che non è oriondo della provincia in cui esercita le sue funzioni, con una femmina di tale provincia. (*x*), se tuttavia non erano già seguiti gli sponsali prima dell'assunzione della carica (*y*).

8. Il *sacramento del battesimo* è

(*d*) § 1 *Inst.* I, 10.
(*e*) fr. 14 pr. § 1 D. XXIII, 2.
(*f*) fr. 55 § 1 D. eod.
(*g*) § 2 *Inst.* I, 10. — fr. 17 pr. D. eod.
(*h*) § 5 *Inst.* I, 10. — fr. 17 § 2 D. eod. Coi cognati, riguardo ai quali ha luogo il così detto *respectus parentelae*, si può stringere matrimonio, § 3 in fine *Inst.* I, 10, — fr. 12 § 4 D. XXIII 2 eccettuato che colla *matertera* (§ 5 *Inst.* I, 10. — fr. 55 § 1 D. XXIII, 2).
(*i*) Quindi non si può conchiudere matrimonio col suocero, col genero, col patrigno, col figliastro, nè colla suocera, colla nuora, colla matrigna e colla figliastra, fr. 14 § 4, fr. 40 D. eod.— § 6, 7 *Inst.* eod.
(*k*) c. 5, 8, 9 C. V, 5 *de incest. et inutil. nupt.*
(*l*) Nel fr. 4 § 7 D. XXXVIII, 10 *de gradib. et affin.* si fa cenno del rispetto di parentela anche fra gli affini, ma esso si limita agli affini in primo grado, come si può desumere dai frammenti anteriori. Glüch *Comm.* XXIII, p. 372.
(*m*) § 9 *Inst.* I, 10.
(*n*) fr. 15 D. XXIII, 2.

(*o*) § 9 *Inst.* I, 10.
(*p*) c 6 C. I, 9 *De Judaeis.*
(*q*) fr. 11 § 11 D. XLVIII. 5 *Ad legem Jul. de adult.*
(*r*) c. un. § 1 in fine C. IX, 13 *De raptu virg.*
(*s*) fr. 60 § 8, fr. 64 § 1 D. XXIII, 2.
(*t*) fr. 59, 60, 62 § 2, fr. 64, 66, 67, pr. § 1. 3 D, eod. — C. V. 6 *de interd. matrim. inter. pupill. et tutor.*
(*u*) fr. 36, 66 D. XXIII, 2.
(*v*) fr. 67 § 2 D. eod. — Wening. T. III, lib. 4, § 10.
(*x*) fr. 38, fr. 57 pr. fr. 63, 65 D. eod.
(*y*) fr. 38 § 1 D. eod.

un impedimento fra il padrino e la figlioccia (*z*).

§ 126.

Conseguenze degl' impedimenti.

Un matrimonio contratto con un impedimento, di regola, è nullo (*a*), ed i figli nati dallo stesso sono illegittimi (*b*), quand'anche i genitori abbiano agito in buona fede (*c*). I contravventori della legge soggiacciono inoltre talvolta a pene speciali (*d*). Soltanto in via di eccezione s'infligge unicamente la pena. Il matrimonio si ritiene valido:

1. se l'adultera si marita con un altro uomo che coll'adultero (*e*).
2. se un monaco prende moglie (*f*).
3. se una vedova, non trascorso ancora un anno dalla morte del marito, passa a seconde nozze (*g*).

§ 127.

Forma estrinseca del matrimonio.

Giusta il Diritto romano novissimo, non è prescritta alcuna formalità particolare (*a*) per contrarre matrimonio, ma basta il consenso reciproco (*b*). Solo le persone di condizione elevata (*in maximis dignitatibus constitutis usque ad personas illustres*) (*c*) e quelle che vogliono ammogliarsi colla loro concubina, debbono estendere patti nuziali in iscritto (*d*).

TITOLO II.

Effetti del matrimonio.

§ 128.

Effetti in generale del matrimonio finchè sussiste.

Durante il matrimonio, i diritti che ne derivano, o hanno per oggetto i conjugi stessi, cioè parte le loro persone, parte le loro cose, o i figli in esso procreati.

§ 129.

Diritti scambievoli dei conjugi riguardo alle loro persone.

I diritti dei conjugi riguardo alle loro persone o sono comuni ad ambedue, o sono proprii soltanto dell'uno o dell'altro. Alla prima specie appartengono:

1. il diritto del consorzio indiviso,
2. quello del dover conjugale,
3. la fedeltà (*a*),
4. il diritto in genere di esigere l'ommissione di quanto può detrarre all'onore e alla dignità del vincolo matrimoniale (*b*). I diritti speciali del marito consistono in ciò ch' egli può esigere dalla moglie:

1. rispetto (*c*),
2. obbedienza; per il che essa è tenuta di seguire il domicilio del marito,
3. assistenza (*d*), per quanto essa

(*z*) c. 26 in fine C. V, 4 *de nupt.*
(*a*) § 12 *Inst.* I, 10. — c. 6 C. V, 5.
(*b*) § 12 *Inst.* I, 10.
(*c*) c. 3 C. V, 18. — c. 4 C. V, 5 fr. 57 D. XXIII, 2, non fanno contro il nostro assunto, anzi l'ultimo frammento pare che lo appoggi. Di diversa opinione sono Mackeldey § 512 e Seuffert III, p. 444.
(*d*) fr. 128 D. *de legat.* I. — fr. 2 § 1, fr. 12 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indignis aufer.*
(*e*) fr. 1 § 2 D. XXV, 7 *de concubinis.* — c. 9 C. IX, 9 *Ad leg. Jul. de adult*
(*f*) Nov. 5, c. 8.
(*g*) c. 1 C. V, 9 *de secund. nupt.*
(*a*) Intorno le formalità prescritte dall'antico *Diritto romano* veggasi Meister *Jus. rom. priv.*, Zuelichav 1813 § 651-658, e Hasse nell'opera di sopra citata § 18-28.
(*b*) Nov. 22 c. 3.
(*c*) Nov. 74, c. 4. — Nov. 117, c. 4. Intorno le *personae illustres* vedi Höpfner *Comm. sulle Inst. di Einiccio* ediz. 6.ta 1798 § 690, n. 2.

(*d*) c. 5 11 C. V, 27 *de natural. lib.*
(*a*) § 1 *Inst.* I, 9 *de patr. potest.* — fr. 1 D. XXIII, 2 *de ritu nupt.* — fr. 22 § 7 D. XXIV, 3 *Solut. matr.* — fr. 13 § 5 D. XLVIII, 5 *Ad leg Jul. de adult.* — Nov. 117, c 9 § 5.
(*b*) fr. 5 D. XXV, 2 *Rer. amator.* — c. 2 C. V, 21 eod. — c. 2 in fine C VI, 2 *de furt.* — fr. 5 § 2 D. XXIII, 4 *de pact. dotal.* — c. 1, 2 C. V, 20 *Ne fidej. dot. dentur.*
(*c*) fr. 14 § 1 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*
(*d*) fr. 5 D. XXIII, 2 *de rit. nupt.* — fr. 65 D. V, 1 *de jud.* — c ult. in fin C. X, 39 *de incol.*

può nel governo delle cose domestiche e negli acquisti (*e*).

La moglie poi dal canto suo ha il diritto:

1. di assumere il cognome del marito, e di godere dei diritti della sua condizione (*f*), anche dopo la morte di esso, finchè non passa a seconde nozze (*g*),
2. di esigere dal marito il mantenimento (*h*),
3. e difesa dagli altrui oltraggi (*i*).

§ 130.
Diritti dei conjugi rispetto ai figli.

(Actio de agnoscendo et alendo partu).

Abbiamo veduto più sopra (§ 58) quali estremi debbano concorrere perchè si possa risguardare come legittimo un figlio. Verificandosi tali estremi compete alla madre l'azione pregiudiziale *De partu agnoscendo*, affinchè il padre riconosca il figlio come legittimo; e gli somministri il necessario mantenimento (*a*). Pel caso di scioglimento giudiziale del matrimonio il Senatoconsulto Planciano contiene le seguenti direttive: la moglie, che si sente incinta, deve entro 30 giorni a datare dallo scioglimento, far avvertire il marito ch'essa è incinta di lui; dietro di che il marito può spedire tre persone per custodirla, oppur rispondere che essa non è incinta di lui. Se esso non ha fatto nè una cosa nè l'altra deve mantenere la prole fintantochè abbia provato che non è sua: ma se si è attenuto all'uno o all'altro di quei due partiti, allora non può essere condannato che provvisoriamente al sostentamento della prole, e la prova della legittimità incombe alla madre. Se questa invece ha tralasciato di fare avvertire il marito, o se ha ricusato di ricevere le persone da lui spedite a guardarla, in tal caso essa non ha minimamente l'azione menzionata di sopra. Nello stesso modo però che la moglie, caso che non abbia fatto avvertire il marito entro i primi trenta giorni, ottiene facilmente la restituzione in intiero; così non deriva alcun danno alla prole per esser fortuitamente venuta alla luce entro i detti trenta giorni, sebbene il Senatoconsulto Planciano non contempli questo caso (*b*). Si è provveduto inoltre anche pel marito che crede incinta sua moglie da lui separata, sebbene essa lo nieghi; mentre il pretore manda tre mammane abili e degne di fede a fare l'ispezione, e se due almeno di esse ritengono la moglie incinta, questa deve lasciarsi sorvegliare appunto come s'essa medesima avesse dato avviso della sua gravidanza (*c*).

§ 131.
Diritti speciali d'amendue i conjugi sulla prole legittima.

I. Dallo scopo dell'*educazione* risulta:

1. il diritto di padre di educare i figli, e a questo oggetto di gastigarli moderatamente in caso di disobbedien-

(*e*) fr. 31 pr. D. XXIV, 1 *de donat. inter. vir. et uxor.* — fr. 48 pr. D. XXXVIII, 1 *de oper. libert.*

(*f*) c. ult C. IX. 39 *de incol.* — c. 13 C. XII, 1 *de dign.*

(*g*) fr. 22 § 1 D. L, 1. — Nov. 22, c. 36.

(*h*) fr. 21 pr. D. XXIV, 1. — fr. 22 § 8 D. XXIV, 3 *Solut. matr.* All'incontro il marito non può esigere il mantenimento dalla moglie. Molti opinano ch'esso lo possa ripetere per la c. 29 C. V, 12 *de jur. dot.*, ma questa costituzione tratta dello scopo della dote e di niente altro, Mühlenbruch II § 269, n. 3.

(*i*) fr. 2 D. XLVII, 10 *de injur.*

(*a*) § 13 *Inst.* IV, 6 *de action* — c. 4 C. 5. 25. *de alend. lib.* Sostengono alcuni che quest'azione competa anche al figlio, ma veggasi in proposito Glück *Comm.* XXVIII, p. 83.

(*b*) fr. 1 § 1 e seq. D. XXV, 3 *de agnoscend. et alend. liber.*

(*c*) fr. 1 § 1-9 D, XXV, 4 *de inspic. ventr.*

za (*a*). Quanto alla madre, è vero ch'essa non è totalmente esclusa dall'educazione della prole, ma essa non ha che quei diritti, i quali piace al marito di lasciarle (*b*).

2. Il diritto di farsi restituire i figli se ritenuti ingiustamente, di ricuperarli se fuggitivi (*c*).

II. In forza della *riverenza* dovuta ai genitori non possono i figli:

1. esercitare contro i medesimi azioni o eccezioni diffamanti, libero ad essi di servirsi in loro vece di azioni o eccezioni *infactum* (*d*);
2. accusarli di qualsiasi delitto, dall'alto tradimento in fuori (*e*);
3. citarli in giudizio senza il permesso della superiorità (*f*);
4. deferir loro il giuramento calunniatorio (*jusjurandum calumniae*) (*g*);
5. nè venir finalmente costretti a deporre contro di loro (*h*).

Fra i diritti scambievoli dei genitori e dei figli è da numerarsi quello (*i*) di un mantenimento corrispondente alle sostanze e alla condizione di chi lo dà (*alimenta civilia*) (k). Incombe però al padre prima che alla madre il mantenere la prole (*l*).

(*a*) C. IX, 15 *de emend. propinquor.*

(*b*) fr. 1 § 10 in mezzo D. XXV, 4 *de inspic. ventr.* « *apud eum educatur, apud quem parens jusserit* ». Burchiardi *del Diritto comune dei genitori di educare la prole* nell'*Arch. per la prat. civ.* VIII, 2, p. 163. Sono in questa Diss. riportati quattro casi, in cui al padre non compete il diritto di educazione, p. 175 e seg.

(*c*) D. XLIII, 39 *de lib. exib.* — C. VIII, 8 eod. Sul diritto della madre confr. c. 2 C. eod. — fr. 1 § 3, fr. 3 § 5 D. eod. — Se il matrimonio viene sciolto, i figli si educano a spese del padre da quello dei conjugi ch'è senza colpa, e particolarmente dalla madre, finchè questa non passa a seconde nozze. Se il padre non ha sostanze, ma ne abbia la madre, i figli privi di mezzi restano presso la madre, ch'è obbligata in tal caso a mantenerli. Nov. 117, c. 7.

(*d*) fr. 11 D. IV, 3 *de dolo malo.* — c. 5 C. II, 21 eod. — fr. 4 § 16 e ult. D. XLIV, 4 *de dol. mal. et met. except.* — fr. 7 § 2 D. XXXVII, 15 *de obseq. parent. et patr. praest.*

(*e*) Nov. 115, c. 3 § 3.

(*f*) fr. 4 § 1, 2 D. II, 4 *de injus. voc.*

(*g*) Il giuramento calunniatorio è quel giuramento che il giudice fa deporre alla parte contendente, che essa ritenga giusta la sua causa. Confr. Günter *Princip. jur. rom.* § 1267. — fr. 8 § 5 D. II. 8 *Qui satid. cog.* — fr 7 § 3 D. XXXVII 15 *de obseq. parent. praest.* — fr. 34 § 4 D. XII, 2 *de jur.*

(*h*) fr. 4, 5 D. XXII, 5 *de testibus.*

(*i*) fr. 5 § 1, 2 D. XXV, 3 *de agnosc. et alend. lib.*

(*k*) fr. 1 § 19 D. XXXVII, 9 *de ventr. in poss. mitt.* confr. col fr. 6 e 23 D. XXXIV, 1 *de alim. legat.*

(*l*) fr. 8 D. XXV, 3 *de agn. et alend. lib.* Confr. Glück XXVIII, p. 209-220 Thibaut nei suoi *Saggi* I, n. 12, è di parere che anche i fratelli e le sorelle sieno obbligati di somministrarsi a vicenda gli alimenti; Müller invece è dell'opposta opinione nell'*Arch. per la pratica civile* XIII, 2, p. 234.

APPENDICE

§ 132.
Del mantenimento dei figli illegittimi.

Il padre non è obbligato per le leggi romane a mantenere i figli illegittimi, che quando furono procreati con una concubina (*a*). Ma in questo caso nel misurare gli alimenti, non si ha riguardo alla condizione del padre, ma solo alle sue sostanze (*alimenta naturalia*) (*b*). Il mantenimento dell'altra prole illegittima è a carico della madre, e in di lei mancanza, dell'avo materno (*c*).

(*a*) Nov. 89, c. 15. — Schröter nel *Giornale pel Dir. civ. e proc.* V, 3, p. 307.

(*b*) Nov. 89, c. 12 § 6.

(*c*) fr. 5 § 4, 5 D. XXV, 3 Confr. anche Heerwart *Aggiunte alla dottrina dell'obbligo di mantenere i figli illegittimi* nell'*Arch. pel Dir. e Proc.* XIV, 3, p. 435.

§ 133.
Diritti dei conjugi sulle loro cose.

Annotazione generale.

I diritti dei conjugi sulle loro cose non si unificano pel matrimonio; per il che essi possono indipendentemente l'uno dall'altro acquistar diritti, con-

trarre obblighi, e far convenzioni non solo con terzi, ma ben anche fra loro (*a*). La moglie ha diritto di pegno legale su tutti i beni del marito non solo riguardo alla dote e alla così detta donazione *propter nuptias*, ma anche relativamente ai beni parafernali, consistenti in crediti, e affidati all'amministrazione del marito. Da altro canto però anche questi gode diversi diritti sulla sostanza della moglie, e milita per lui la presunzione legale, che quanto si trova in di lui casa derivi da lui o da suo padre, finchè la moglie non provi il contrario (*b*). Fra i diritti reciproci del marito e della moglie rispetto alle cose vuolsi annoverare il diritto di succedere ab intestato (*c*), rispetto al quale però la moglie, come vedremo più da vicino nella dottrina della successione ab intestato (§ 312), è a migliore condizione che il marito (*d*). Riserbandoci a trattare della dote, della donazione per le nozze, dei beni parafernali e delle donazioni fra conjugi, nel Diritto delle obbligazioni (§ 555-564); ci occuperemo, alla fine della dottrina del matrimonio, a trattare degli svantaggi del divorzio, e delle seconde nozze.

TITOLO III.

Dello scioglimento del matrimonio e de' suoi effetti.

§ 134.
Scioglimento del matrimonio in genere.

Il matrimonio valido si scioglie, in primo luogo, colla morte naturale o civile di uno o dell'altro dei conjugi; in secondo luogo, col divorzio, o sia scioglimento del matrimonio valido, viventi ancora amendue i conjugi (*a*).

(*a*) c. 1-3 C. IV, 12 *Ne uxor pro marito*. — c. 1 C. IX, 12 *Ad leg. Jul.* — c. 6 C. IV, 50 *Si quis alteri*.
(*b*) fr. 51 D. XXIV, 1 *de donat. inter. vir. et uxor.* — c. 6 C. V, 16 eod.
(*c*) D. XXXVIII, 11 *Unde vir. et uxor.*
(*d*) Nov. 117, cap. 5.

§ 135. *Del divorzio.*

Se i conjugi erano d'accordo, stava in loro arbitrio, prima di Giustiniano, di separarsi (*divortia ex bona gratia*) (*a*): ma questo imperatore non permise il divorzio che per dati motivi da lui determinati (*b*). Il marito può separarsi dalla moglie, anche di lei malgrado, per adulterio, per insidie contro la sua vita o salute, per aver la moglie assistito ad un pranzo o ad un bagno con altri uomini senza consenso del marito, o perchè si assentò dalla casa del marito contro il di lui volere, o perchè senza sua licenza si recò ai giuochi pubblici (*c*). La moglie può domandare lo scioglimento, se il marito si rese reo di alto tradimento, tese insidie alla sua vita, o tentò di farla cedere alle voglie di altri uomini, se l'accusò falsamente di adulterio, o se si mantenne una concubina (*d*).

§ 136.
Dei danni del divorzio.

Il *divorzio* produce non solo la perdita del diritto di successione dei conjugi basato nella legge o nell'ultima disposizione di volontà (*a*), ma è causa eziandio di altri svantaggi per quello che indusse per sua colpa l'altro conjuge a separarsi.

Se la colpa è della moglie, essa per-

(*a*) fr. 1 D. XXIV, 2 *de divort.* — C. V, 17 *de repud.* Se viene sciolto il matrimonio di due persone perchè loro osta un impedimento, si dice che il matrimonio viene dichiarato nullo.

(*a*) c. 9 C. eod. — fr. 6 D. XXIV, 2 *de divort.*
(*b*) Nov. 117, c. 10. — Nov. 134, c. 11. Giustino colla Nov. 140 introdusse di nuovo l'antico Diritto, ma quella Novella non è del numero delle glossate.
(*c*) Nov. 117, c. 8.
(*d*) Nov. 117, c. 9.

(*a*) fr. un. § 1 D. XXXVIII, 11 *Unde vir. et uxor.* — fr. 49 § 6 D. *de legat.* III.

de la dote; s'è del marito, egli perde la donazione *propter nuptias*: se non fu costituita nè dote nè donazione, si devolve al conjuge esente da colpa (*b*) la quarta parte del patrimonio, semprechè questa non trascenda 100 libbre d'oro. Il conjuge non colpevole, se dal matrimonio esistono figli, non ottiene di questa quarta parte che l'usufrutto, e in caso diverso ne acquista la proprietà (*c*); anzi a senso di una legge più recente gli compete, anche essendovi figli e fintantochè non passi a seconde nozze, oltre all'usufrutto, anche la proprietà di una porzione virile della dote e della donazione *propter nuptias* (*cc*). Che se taluno si sarà separato senza legittima causa, esso viene relegato in un monastero, e privato di tutta la sua sostanza, la quale si devolve a'suoi figli ad eccezione di un terzo da soddisfarsi al monastero (*d*).

§ 137.

Danni delle seconde nozze (*a*).

A guarentigia dei figli del primo letto il passaggio alle seconde nozze trae seco per disposizione di legge varii svantaggi, che colpiscono amendue i conjugi o soltanto la moglie.

(*b*) c. 8 § 4, 5, c. 11 § 1, 2 C. V, 17 *de repud.* - Nov. 22, c. 15 § 1 in fine e § 2 in fine, c.16, 18.- Nov. 117, c. 8, 9.

(*c*) Nov. 117, c. 8 § 2 in fine, c. 9 § 4, 5. Con quella nuova Costituzione Giustiniano tolse questa clausola, di maniera che solo la moglie esente da colpa, non anche il marito può esigere la quarta parte o una parte virile del conjuge colpevole. Nov. 117, c. 5 con la Nov. 53, c. 6 Confr. § 312 e Marezoll nel *Giornale pel Dir. civ. e Pr.* III, 1, e p. 107, n. 4.

(*cc*) Nov. 127, c. 2, Confr. § 563, e Marezoll nel *Giornale pel Diritto civile e Proc.* III, 1 pag. 104.

(*d*) Nov. 117, c. 13.— Nov. 1, 4, c. 11.—Nov. 140, c. 1. — Wening T. III, lib. 4.to § 70. Vedi § 300 di quest'opera nota *d*.

(*a*) C. V, 9 *de secund. nupt.* Marezoll *Sulla dottrina dei danni delle seconde nozze* nel *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* V, 3, p. 363.

Sono della prima categoria i danni seguenti:

1. Il conjuge che passa a seconde nozze perde a vantaggio dei figli di primo letto la proprietà di tutto ciò di cui andava debitore alla liberalità del primo conjuge, e non ne ritiene che l'usufrutto vita sua durante (*b*);

2. Esso non può minorare la dote o la donazione *propter nuptias* costituita originariamente, e ciò perchè non abbia con tale minorazione a svantaggiare i figli del primo matrimonio (*c*);

3. Esso perde tutto ciò che gli venne lasciato a condizione che non passi a seconde nozze (*d*);

4. Non gli è permesso di lasciare per atto di ultima volontà o per donazione al nuovo conjuge di più di quello che riceve il meno beneficato tra i figli del primo letto (*e*);

5. S'esso deve restituire ai suoi figli o figlie del primo letto, come fedecommesso, sotto qualche condizione o dentro un dato termine, l'eredità

(*b*) c. 3 § 1 c. 5 C. eod. — Nov. 2, cap. 2. — Nov. 22, c. 23, 24, 26. — Nov. 22, c. 46 § 2. Ciò vale secondo le leggi posteriori, cioè secondo la Nov. 98 naturalmente soltanto in quanto i così detti *lucra nuptialia* (§ 552) non passarono già in proprietà dei figli col semplice scioglimento del primo matrimonio: sono *lucra nuptialia* non solo la dote e la *donatio propter nuptias* (Nov. 98 c. 1 modificata dalla Nov. 127, c. 3.— Confronta § 53 nota *i*) ma lo è anche tutto quello che si devolse per legge al conjuge superstite o separato, come sarebbe la porzione virile o la quarta parte, che sulla sostanza del marito spetta alla vedova povera (§ 312), e tutto quello che, sciogliendosi il matrimonio, il conjuge esente da colpa acquista dalla facoltà dell'altro (§ 136). Marezoll nel *Giorn. pel Dir. civ. e Proc.* III, 1, pag. 91-103. La regola contenuta nel paragrafo si riferisce quindi a ciò, che il conjuge che passa a seconde nozze ottenne dal conjuge defunto a titolo di eredità, di legato, o di donazione.

(*c*) Nov. 22, c. 31 combinata colla c. 6 C. V, 9 *De ser. nupt.* e n. 4. nota e di questo §.

(*d*) Nov. 22, c. 43, 44. Questo in vero non è che in senso improprio un danno delle seconde nozze, poichè esso non è fondato in una legge, ma solo in una disposizione di ultima volontà.

(*e*) c. 6 pr., c. 9 pr. C. V. 9. Nov. 22. c. 27.

de' suoi ascendenti immediati, passando alle seconde nozze è tenuto a prestare la così detta *cautio legatorum servandorum* (*ee*).

I danni che colpiscono nella sua specialità la moglie sono:

1. Essa perde la tutela sui figli del primo matrimonio (§ 160 in fine), nè può pretendere che venga a lei immediatamente ed in principalità affidata l'educazione dei medesimi (§ 163 *c*);
2. Non può rivocare se non per certe sorta di ingratitudine le donazioni fatte agli stessi (*f*);
3. La madre già passata a seconde nozze, o che vi passò anche soltanto posteriormente, s'è chiamata a succedere *ab intestato* ad un figlio di primo letto in concorrenza dei di lui fratelli e sorelle, in quanto la sostanza lasciata sia derivata dal marito, non ottiene che l'usufrutto della sua parte, mentre la proprietà se ne devolve ai figli coeredi (§ 307 *g*);
4. S'essa è passata a seconde nozze prima di aver resi i conti della tutela, non può succedere ai figli impuberi del primo letto, ed è in genere soggetta a tutte le pene comminate alla moglie che, non trascorso ancora un anno dopo sciolto il matrimonio, si torna a maritare (*h*). Poichè le leggi civili romane tanto in vista del rispetto che la moglie deve al marito, quanto per togliere l'incertezza del padre, nel caso che nasca un figlio, ordinano che la moglie la quale si rimarita prima che sia passato un anno (si chiama ordinariamente *l'anno di lutto*) dallo scioglimento del matrimonio, non solo incorra nell'infamia (§ 67 *c*) (*i*) ma che decada anche da tutti i vantaggi derivati dal primo matrimonio. Oltre a ciò, non può costituire al secondo marito una dote che oltrepassi la terza parte del di lei patrimonio, nè lasciargli, per atto di ultima volontà, di più della parte suddetta. Essa non può in fine acquistare per testamento di un estraneo, ed anzi è perfino esclusa dalla successione intestata di chi non l'è congiunto che in un grado più lontano del terzo.

CAPITOLO II.

Della patria potestà.

§ 138.

Idea dell' autorità paterna.

La *patria potestà* è il complesso dei diritti spettanti per le Leggi civili al solo padre sui figli (*a*). Da ciò risulta che la patria potestà compete ai soli cittadini romani (*b*) ed ai soli maschi (*patres familias*) (*c*). Siccome quegli ch'è per la sua persona ancora soggetto all'autorità di un altro, sebbene abbia anch'esso dei figli, è un figlio di famiglia (*filius familias*); così è manifesto che la patria potestà non si limita solo ai figli ed alle figlie, ma ch'essa si estende an-

(*ee*) c. 6 pr. § 1 C. VI. 49 *Ad senatuscons. Treb.* — Nov. 22 c. 41. Marezoll nella *Dissertazione* sopra citata p. 372. Questa è per conseguenza un'eccezione della regola, che una tale cauzione nol sia più da prestare. Confr. § 244 nota d.

(*f*) c. 7 c. auth *Quod. mater* C. VIII, 56. — Nov. 22, c. 35. — A termini di quest'autentica non può la madre revocare la donazione fatta a un figlio del primo letto che per tre cagionis « *Prima, si vitae ejus insidiatur. Item si manus impias in eam intulerit. Tertia, si substantiae totius molitus est jacturam.* »

(*g*) Nov. 22, c. 40. — Nov. 94 c. 2.

(*h*) fr. 1 D. III, 2 *de his, qui not. infam.* — c. C. V, 9. È lo stesso se il lutto è stato leso con un nuovo matrimonio, o con un commercio illecito. Novella 39, c. 2.

(*i*) c. 1, 2 C. V, 9. — Nov. 22 c. 22, Confronta c. 4 C. VI, 56 *Ad senatuscons. Tertyll.*

(*a*) *Inst.* I, 9 *de patr. potest.* — D. I, 6 *de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* - C. VIII; 47 *de patr. potest.*

(*b*) § 2 *Inst.* I, 9 eod.

(*c*) § 10 *Inst.* I, 11 *de adopt.*

che ai nipoti ed alle nepoti che furono procreati da un figlio soggetto ancora alla patria potestà (*d*): questa si estende anzi perfino ai Non-nati, i quali sarebbero stati sotto il potere del defunto, se fossero nati prima della sua morte (*e*).

TITOLO I.
Dell'acquisto dell'autorità paterna.

§ 139.
Modi di acquistare l'autorità paterna in genere.

Si acquista la *patria potestà* sui figli legittimi colla procreazione (*a*), su quelli nati da un concubinato, colla legittimazione; e sui figli di un altro, ed anche sui proprii emancipati, coll'adozione.

§ 140.
Della legittimazione.

La *legittimazione* (*a*) è quell'atto civile in forza del quale i figli nati nel concubinato acquistano i diritti dei figli legittimi. La legittimazione non si estende quindi a tutti i figli illegittimi in genere (*b*). Essa può seguire in tre modi:

1. Per *subsequens matrimonium*, cioè se il padre contrae matrimonio (*c*) colla sua concubina con cui abbia procreati dei figli, e rigendo a tal uopo patti nuziali in iscritto (§ 127): con ciò i figli diventano legittimi, quand'anche vi fossero altri figli provenienti da matrimonio legittimo (*d*). Questa legittimazione fu introdotta dall'imperatore Costantino (*e*).

2. Per *oblationem curiae*: questa aveva luogo se un padre induceva suo figlio naturale ad assumere il decurionato, o la sua figlia naturale a ricever per marito un decurione (*f*). Per determinare più facilmente i cittadini ad entrare nella gravosa carica di decurione, Teodosio il giovine estese la legittimazione anche a questi due casi.

3. Per *rescriptum principis*. Questa legittimazione introdotta da Giustiniano si accordava ad istanza del padre o dei figli medesimi. Ma questi ultimi potevano per la loro legittimazione rivolgersi all'imperatore soltanto nel caso che il padre avesse nel testamento esternato il desiderio che i suoi figli gli succedessero *secondo la legge*, e fosse stato impedito per cause accidentali di provocare egli stesso la grazia sovrana. Questa specie di legittimazione è soltanto sussidiaria, cioè solo pel caso che il padre non abbia altri figli e la legittimazione non possa seguire per susseguente matrimonio (*g*).

La legittimazione ha questi effetti: che i figli passano sotto la potestà del loro padre, e ch'essi dal loro canto acquistano i diritti di agnazione. Perciò è necessario a un tal atto non

(*d*) fr. 21 D. XLVIII, 5 *Ad leg. Jul. de adult.* — 3 *Inst.* I, 9.

(*e*) § 1 *Inst.* II, 13 *de exhered. lib.* — 4 *Inst.* I, 13 *de tutel.* — § 2 *Inst.* III, *de hered quae ab intest.* — fr. 2 pr. D. XXVIII, 6 *de vulg. et pup. subst.* — fr. 3 § 2 D. XXVIII, 3 *de injusti rupt. test.*

(*a*) Sopra i figli illegittimi il padrenon ha dunque alcuna potestà.

(*a*) Quest'espressione deriva propriamente dal Diritto canonico.

(*b*) Costantino il grande la introdusse per togliere di mezzo il concubinato, c. 5, C. V. 27 *de natural.lib.* Prima di quest'imperatore si concedevano talvolta ai figli illegittimi i diritti di quegli legittimi, per rescritto, fr. 57 § 1 D. XXIII. 2 *de ritu nupt.*

(*c*) c. 5-7, 10, 11 C. V, 27. — Nov. 89 c. 8.

(*d*) Nov. 12, c. 4. — Nov. 89, c. 8.

(*e*) § 13 *Inst.* I, 10 *de nupt.*

(*f*) c. 3 C. V, 27 — Nov. 89, c. 2.

(*g*) Nov. 74, c. 1 2. — Nov. 89 c. 9 10. Vedi Marezoll sulla così detta *legitimatio per testamentum* nel *Giornale pel Diritto civ. e proc.* I, 1 p. 78.

solo il consenso del padre, ma anche quello dei figli (*h*).

§ 141.

Dell' adozione (*a*).

L'*adozione* (*adoptio*) è quell'atto con cui taluno coll'intervento della pubblica autorità riceve in luogo di figlio una persona che non era mai stata soggetta alla sua potestà, o che aveva cessato di esserlo.

In ciò che l'adozione segue coll'intervento della pubblica autorità, si distingue il figlio adottivo dall'allievo (*alumnus*) (*b*). L'espressione *figlio* usata nell'antecedente definizione viene in essa presa in senso lato, cosicchè è lecito di prender taluno in luogo anche di nipote o di pronipote, ancorchè l'adottante non avesse alcun figlio (*c*).

§ 142.

L'*adozione* è di due sorta, cioè *arrogazione* se l'adottato è un padre di famiglia; e *adozione in senso stretto*, s'esso invece è un figlio di famiglia (*a*).

§ 143.

Requisiti dell' adozione in genere.

Tra i requisiti comuni all'arrogazione ed all'adozione in senso stretto appartiene la capacità legale dell'adottante e dell'adottato. Tale capacità si giudica dietro i seguenti principii:

(*h*) fr. 11. D. I, 6 *de his, qui sui.* — Nov. 89, c. 11 pr. § 1 — Colla Nov. 89, c. 7 abolì la legittimazione per arrogazione dei figli naturali (*legitimatio per arrogationem naturalium*, c. 6 in fine C. V, 27). Non esiste nemmeno, come alcuni vorrebbero, la così detta *legitimatio per nominationem filii in instrumento vel apud acta*, Nov. 117 c. 2; poichè una simile nominazione prova solo che i figli sono legittimi. Confr. § 58 nota *p*.

(*a*) *Inst.* I, 11. - D. I, 7. - C. VIII, 48 *de adopt. La dottrina dell' adozione* di Cr. Gugl. Schmitt. Jena 1828.

(*b*) p. e. c. 26 C. V, 4 *de nupt.*

(*c*) § 5 *Instit.* I, 11.

(*a*) fr. 1 § 1 D. I, 7.

1. L'*adozione imita la natura* (*a*); quindi non possono adottare nè i castrati (*b*), nè quelle persone che non hanno almeno 18 anni di più dell'adottante (*c*); per lo stesso principio non si può prendere taluno in luogo di fratello (*d*), e non è ammissibile un'adozione a tempo determinato (*e*).

2. *L'adozione è un mezzo soltanto sussidiario per acquistare la patria potestà, o almeno per avere dei figli legittimi* (*ee*). Quindi le femmine non possono adottare, poichè nemmeno i figli legittimi stanno sotto la loro potestà, ed esse non acquistano l'autorità paterna nemmeno nel caso che per grazia del Principe fosse loro stato concesso di adottare, taluno, in vista della perdita che avessero sofferta dei loro figli (*f*). Non possono di regola adottare per l'addotto principio, nemmeno quelli che hanno già figli legittimi (*g*).

3. L'*adozione deve seguire in modo che non ne resti pregiudicato nè l'adottando, nè qualche terzo*. In base a questo principio non può un povero adottare un ricco (*h*), nè un tutore o curatore adottare un pupillo o curando, finchè non abbia resi i conti (*i*); nè quegli che ha un figlio può, senza il suo consenso, prendere un terzo per nipote, affinchè non abbia

(*a*) § 4 *Inst.* eod.

(*b*) Ma i così detti *Spadones* possono adottare, poichè a loro riguardo si può ancora sperare che diventino atti alla procreazione. § 9 *Inst.* eod. Confr. § 62 nota *g*, e Marezoll nel *Mag.* di Groll. IV, 2 3, p. 383.

(*c*) § 4 *Inst.* eod.

(*d*) c. 7 C. VI, 24 *de hered. inst.*

(*e*) fr. 34 D. *de adopt.*

(*ee*) Poichè secondo il Diritto Giustinianeo non ogni adozione procacciava più la patria podestà (§ 145 nota *d*). Buchholtz nelle sue *Diss. giur.* XV. p. 212.

(*f*) § 10 *Inst.* eod. — c. 5 C. eod.

(*g*) fr. 17 § 3 D. eod. Confr. n. 3 di questo paragrafo.

(*h*) fr. 17 pr. § 4 D. eod.

(*i*) fr. 17 pr. D. eod.

il figlio ad avere un erede necessario senza il suo volere (*k*). Del rimanente, si possono adottare tutti quelli che hanno il diritto della cittadinanza romana, tanto uomini che donne, siano maggiori che minori di età, anzi non solo i figli altrui, ma perfino i figli proprii, se furono emancipati (*l*).

§ 144.

Requisiti proprii dell' arrogazione e dell'adozione in senso stretto.

Per l'arrogazione è necessario che quegli che arroga abbia passati i 60 anni (*a*), che tanto esso che l'arrogando presti il suo consenso (*b*), e che l'atto d'arrogazione venga approvato dall'autorità suprema, locchè prima si faceva dal popolo (*c*) e poscia dall'Imperatore (*d*). Nell'arrogazione, in ispecie di un impubere, a termini di una costituzione di Antonino Pio (*e*), conviene prima esaminare accuratamente se l'arrogazione è onorevole e vantaggiosa per l'impubere, e si devono interpellare i consanguinei, e il tutore deve interporre la sua autorità (*f*). Finalmente incombe a quello che vuole arrogare, di prestar cauzione, a mezzo di fidejussori, che esso restituirà, a coloro che senza l'arrogazione succederebbero com'eredi all'impubere, la sostanza di questo, se il medesimo fosse per morire durante l'impubertà, e che se esso emanciperà o disererederà l'arrogato senza una causa legittima, sarà non solo per restituire la facoltà da questo portata, ma gli lascerà altresì la quarta parte de'suoi beni (*quarta Divi Pii*) (*g*).

L'adozione in senso stretto ha questo di proprio, ch'essa deve seguire col consenso tanto del padre naturale che dell'adottivo, in presenza e senza contraddizione dell'adottando (*h*), innanzi la competente autorità, la quale deve su tale atto erigere un apposito protocollo (*i*).

§ 145.

Effetti dell' adozione.

Gli effetti dell'adozione, in quanto spetta qui di parlarne (V. § 668), consistono in ciò che, non solo l'arrogato, ma anche i di lui figli che al tempo della seguita arrogazione erano in suo potere, passano sotto la patria potestà dell'arrogatore (*a*), e che l'arrogato soffre una *capitis diminutio minima* (*b*) e diventa agnato di tutti gli agnati dell'arrogatore (*c*).

Nell'adozione, in senso stretto, conviene distinguere, secondo il Diritto di Giustiniano (*d*), se l'adottante è un ascendente, oppure un estraneo. Nel primo caso (*adoptio plena*) il Diritto antico non è stato minimamente cangiato, e perciò il figlio adottivo passa nella famiglia e sotto la potestà dell'adottante (*e*): nel secondo caso, se il figlio adottivo è un erede necessario (*suus haeres* § 299) del

(*k*) § 7 *Inst.* eod. — fr. 6, fr. 11 D. eod.

(*l*) fr. 12 D. eod. Ma un figlio adottivo emancipato non può più essere adottato di nuovo dallo stesso padre adottivo. fr. 37 § 1 D. eod.

(*a*) fr. 15 § 2 D. I, 7 *de adopt.*

(*b*) fr. 2 pr. D. eod.

(*c*) Gell. *Noct. Att.* lib. V. c. 19. — Gaji *Inst.* I § 98, 109 e 134. — Ulp. *fragm.* VIII § 24. — c. ult. C. VIII. 48 *de adopt.*

(*d*) § 1 *Inst*, I, 11 *de adopt.* — fr. 2 pr. § 2 D. eod. — c. 2 C. eod.

(*e*) L'arrogazione di un impubere era prima affatto vietata.

(*f*) fr. 17 § 1 e segg. D. eod. — c. 2 C. eod.

(*g*) § 3 *Inst.* eod. — fr. 17 § ult., fr. 18-20, fr. 22 § 1 D. eod. — c. 2 C. eod. — fr. 8 § 15 D. V, 2 *de inoff. test.* — fr. 1 § 21 D. XXXVIII, 6 *de coll.*

(*h*) fr. 5 D. I, 7.

(*i*) c. ult. C. VIII, 48.

(*a*) fr. 2 § 2 D. I, 7 *de adopt.*

(*b*) fr. 15 pr. D. eod.

(*c*) fr. 25 D. eod.

(*d*) c. 10 C. VIII, 48 *de adopt.*

(*e*) Ma i figli dell'adottato non passano sotto la patria potestà dell'adottante, fr. 40 pr. D. eod. a meno che non sieno nati dopo l'adozione. fr. 27 D. eod.

suo padre naturale o del suo avo (*adoptio minus plena*) (*f*) allora l'adozione non ha altro effetto se non che l'adottato succede al padre adottivo, se questo muore senza testamento. Coloro che furono arrogati o adottati da una femmina, acquistano bensì i diritti di figli legittimi, ma non di agnati (*g*).

TITOLO II.

Effetti della patria potestà rispetto ai figli.

§ 146.

Esposizione di tali effetti in genere.

Il padre ed i figli; finchè questi si trovano sotto la patria potestà, sono risguardati in molti casi come una stessa persona, senza però che ciò si possa estendere ad altri casi non espressi nella legge (*a*). Non si risguardano per la stessa persona specialmente nel caso che il figlio figuri in qualche rapporto come padre di famiglia egli stesso, p. e. come pubblico impiegato (*b*).

Gli effetti particolari della patria potestà hanno per oggetto parte le persone, parte i beni dei figli.

(*f*) Restano medesimamente intatti gli antichi diritti di adozione nel caso che l'avo permetta ad un estraneo di adottare un suo nipote o una sua nipote, i quali non sieno suoi eredi necessari, perchè i lor genitori vanno loro innanzi. c. 10 § 4 C. eod.

(*g*) c. 5 C. eod.

(*a*) Seuffert III § 483. — Wening III, 4 § 74. In forza di tale unità di persone il figlio di famiglia acquista l'eredità (*suus est haeres*) immediatamente (*ipso jure*) nel momento stesso che muore il padre; e per essa compete anche a questo un'azione per le ingiurie fatte al figlio. Riferiremo a suo luogo gli ulteriori effetti di tale unità: vedi specialmente il § 149 in principio.

(*b*) fr. 9 D. I, 6 *de his, qui sui*.

§ 147.

Effetti speciali riguardo alle persone dei figli.

Nei tempi più remoti di Roma i padri avevano sui loro figli la potestà più estesa, e potevano esporli, venderli e perfino punirli colla morte (*a*). Sotto gl'Imperatori fu abolito il diritto di esporre e di punire i figli colla morte (*b*), e quello di venderli fu limitato al solo caso, che taluno per la estrema miseria in cui si trova, voglia alienare i figli neonati, il che facendo gli è tuttavia sempre libero di ricuperarli esborsando il prezzo ricevuto o sostituendo un altro schiavo (*c*).

Secondo leggi più recenti i padri hanno sui loro figli i seguenti diritti:

1. quello di venderli nel caso surriferito;
2. quello di correggerli (§ 131, I), ed inoltre di consegnarli all'autorità perchè li punisca (*d*);
3. quello di dare il loro consenso al matrimonio dei figli (*e*);
4. di nominar loro un tutore nel testamento (*f*);
5. di ricuperarli *ex jure Quiritium*, o di domandarne la restituzione col-

(*a*) fr. 11 in fine D. XXVIII, 2 *de lib. et posthum* c. 10 C. VIII, 47 *de patria pot.* in unione al fr. 5 D. XLVIII, 9 *de lege Pomp. de parricid.* Ulp. *frag.* X, 1. Il padre poteva vendere i figli tre volte, e una volta le figlie ed i nipoti. Dionys. Hal. II, 27.

(*b*) c. un. C. IX, 17 *de his, qui parent. vel. lib. occid.* - c. 8, C. IX, 16 *Ad legem Corn. de sicar.* — c. 2 C. VIII, 52 *de infant. expon.* Ger. Noodt e Corn. Bynkershoek hanno disputato con calore sull'epoca in cui questi diritti vennero tolti.

(*c*) c. 2 C. IV, 43 *de patribus qui filios distr.* Fu del pari abolito anche il *jus noxae dandi*, se il figlio aveva recato un danno a qualcuno § 6, 7 *Inst.* IV, 8 *de nox. act.*

(*d*) c. 3 C. eod.

(*e*) Confr. § 124 n. 4.

(*f*) § 3 *Inst*, I, 13 *de tutelis*. - fr. 1 pr. D. XXVI 2 *de test. tutel.*

l'interdetto *de liberis exhibendis* (*g*); poichè, quantunque un tale editto competa ad amendue i genitori (§ 131), esso fu non pertanto in origine introdotto dal pretore a difesa della sola autorità paterna (*h*).

§ 148.
Effetti speciali riguardo alle sostanze dei figli.

Il padre rispetto alle sostanze dei figli ha il diritto:

1. di sostituir loro pupillármente, finchè sono impuberi, ossia di nominare in lor vece il loro erede (§ 341);
2. ha diritto sul loro peculio.

§ 149.
Del peculio e sue specie.

Secondo il Diritto romano antico, il figlio di famiglia non aveva niente di suo, ma tutto ciò che acquistava era del padre (*a*). Ma per le leggi posteriori questo diritto illimitato del padre fu di molto diminuito, colla istituzione di varie specie di peculii. Peculio (*Peculium*) significa qui (anche gli schiavi hanno il loro peculio) quella sostanza della quale il figlio di famiglia ha la sola amministrazione o la sola proprietà, o l'una o l'altra nello stesso tempo, insieme a tutti gli altri diritti ad esse relativi (*b*). Il peculio è *militare* o *pagano:* il primo si suddivide in *castrense* e *quasi-castrense,* il secondo in *profettizio* e *avventizio. Peculio castrense* si chiama quello che un figlio di famiglia si è acquistato in occasione del servizio militare (*c*). Appartengono ad esso le cose mobili che gli furono donate all'atto ch'entrò nella carriera militare, la sostanza mobile ed immobile che acquistò stando in essa, e quindi anche la paga di soldato, il bottino fatto in guerra, i donativi e l'eredità lasciate dai commilitoni (*d*), e finalmente, a tenore di un Rescritto dell'imperatore Adriano, anche l'eredità della moglie (*e*). Ma la sola volontà del donatore o del testatore non può far sì che la donazione o l'eredità lasciata si risguardi come attinente al *peculio castrense* (*f*). *Peculio quasi-castrense* è quello che il *figlio di famiglia* in qualsivoglia modo si acquistò in un impiego pubblico (*g*), o per liberalità dell'imperatore o dell'imperatrice (*h*), o come chierico (*i*). Ciò che proviene dalla sostanza del padre e non appartiene al *peculio castrense,* si chiama *profettizio* (*k*). È detto finalmente *avventizio* tutto ciò che non proviene dal padre, nè fu dato in riguardo al padre e non appartiene al *peculio castrense* o *quasi-*

(*g*) fr. 1 § 2 D. VI, 1 *de rei vind.*

(*h*) D. XLIII, 30 *de lib. exhib.*

(*a*) pr. *Inst.* II, 9 *Per quas personas nobis adquir.* - pr. *Inst.* III, 29 *Per quas pers. nob. oblig. adquir.* — fr. 40 D. XLV, 1 *de verb. obl.* In virtù di questa unità di persone (§ 146) valgono tuttora, secondo il Diritto nuovo, i seguenti principii: 1.° il padre acquista diritti per le azioni atte a produrne del figlio. fr. 38 § 17 D. XLV. 1 *de verb. obl.*; 2.° il padre e il figlio non possono fare insieme contratti. § 6 *Inst.* III, 19 (20) *de inutil. stip.* — fr. 2 pr. D. XVIII, 1 *de contr. emt.* e perciò in regola non vi possono essere azioni, fr. 7 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* nè donazioni fra essi, fr. 1 § 1 D. XLI, 6 *Pro donato.* Tuttavia se il padre donava qualche cosa al figlio, la donazione colla sua morte diveniva valida, c. 25 C. 16 *de donat. inter. vir. et uxor.* Confronta anche il § 150.

(*b*) Nel linguaggio comunemente adottato il *peculio* è una *universitas juris.* Vedi però il § 76.

(*c*) D. XLIX, 17 *de castr. pecul.* — C. XII, 37 eod.

(*d*) c. 1, 4 C. XII, 37 — fr. 11 D. XLIX, 17.

(*e*) fr. 13 D. XLIX, 17.

(*f*) fr. 8 D. eod.

(*g*) c. 7 C. I 51 *de assessor.* — c. un. C. XII, 31 *de cast. omn. palat. off.* — c. ult. pr. C. III, 2 § *de inoff. test.* — c. ult. C. XII, 37. — c. 4 C. II, 7 *de advoc. div. jud.* Confr. Löhr nell'*Arch. per la prat. civ.* X, 2, p. 175-179.

(*h*) c. 7 C. VI, 61 *de bon. quae lib.*

(*i*) Nov. 123, c. 19 — c. 34 C. I, 3 *de Episc.*

(*k*) D. XV, 1 *de pecul.* — § 1 *Inst.* II, 9 *Per suas pers. nob. adquir.*

castrense (*l*). In dubbio, se le cose donate da estranei sieno state date in contemplazione o no del padre, si ritiene che facciano parte del *peculio avventizio* (*m*).

§ 150.

Diritti che spettano sul peculio tanto al padre che al figlio.

1. Rispetto al *peculio castrense* e *quasi-castrense,* il figlio si risguarda come un *padre di famiglia* (*a*): al padre non spetta quindi alcun diritto su quei peculii, ed il figlio può disporre di essi per testamento, può contrattare e perfino impegnarsi in una lite col padre stesso rispetto ai medesimi (*b*).

2. Relativamente al *peculio profettizio,* il padre ne ha la proprietà e l'usufrutto, ed al figlio non ne compete che l'amministrazione ad oggetto che si eserciti negli affari (*c*); il figlio ha però questo vantaggio, che un tale peculio gli rimane dopo l'emancipazione, se il padre non lo ridomandò espressamente (*d*), e che il figlio lo ritiene anche nel caso che gli altri beni paterni fossero stati confiscati (*e*).

3. Quanto *al peculio avventizio,* il figlio ne ha la proprietà, ma l'usufrutto e l'amministrazione ne compete, di regola, al padre (*f*), il quale, s'emancipa il figlio, ritiene, in certo modo per compenso, la metà dell'usufrutto vita sua durante (*g*). Il padre ha quindi tutti i diritti e doveri di usufruttuario (*h*), eccettuato ch'esso non ha bisogno di prestar cauzione (*i*). Per ciò non concerne l'amministrazione, non è necessario un decreto del giudice per assumerla, nè occorre inventario, nè giuramento di aver bene amministrato, nè resa di conto (*k*). L'amministrazione stessa è affatto completa e rimessa all'arbitrio del padre (*l*), colla sola limitazione, che non può vender nulla (*m*), eccettuato se ha da pagar debiti o soddisfar legati o fedecommessi (*n*), o se nel peculio vi fossero cose che non

(*l*) C. VI, 60 *de bonis matern. et matern. gener.* — C. VI, 61 *de bonis, quae lib. in pat. patr.* — c. 1, 2 C. VI, 60 — c. 1, 6 C. VI, 61, — § 1 *Inst.* II, 9.

(*m*) c. 17 in fine C. III, 33 *de usufructu.* Confr. Mühlenbruch *Doct. Pand.* II, § 504, n. 1.

(*a*) fr. 1 § 3, fr. 2 D. XIV, *de senatusconsultus Maced.*

(*b*) c. 3 C. XII, 37 — pr. *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss. facere test.* — fr. 15 § 1 D. XLIX 17 *de castr. pec.* — c. 6 pr. in fine C. VI, 61. Se il figlio non dispose per atto di ultima volontà di quei due *peculii,* essi rimangono al padre *ex jure peculii,* in quanto provengono da lui; il resto lo acquista per diritto d'eredità, se il defunto non lasciò nè figli nè fratelli, fr. 2, fr. 14 pr, fr. 17 pr. D. XLIX, 17 *de castrens. pecul.* — pr. *Inst.* II, 12 *Quib. non est permiss.* « *Itaque, si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint:* si vero intestati decesserint, *nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentem eorum jure communi* (*i. e. hereditario*) *pertinebit* ». Non osta la c. 6 C. VI, 61. Veggasi Löbr nell'*Arch. per la prat. civ.* X, 2, p. 163 — Così ordinavano le Pandette: ma la Nov. 118 chiamò il padre a succedere al figlio senza distinzione di sostanza s'esso non lasciava discendenti (§ 308). Confr. anche Fritz nell'*Arch. per la prat. civ.* XI, 1, p. 2, *Dell'influsso che hanno sui debiti dei figli i principj speciali vigenti per la sostanza attiva di essi.*

(*c*) § 1 *Inst.* II, 9, — pr. *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss. facere test.* — fr. 7 pr. D. XXXIX, 5 *Ad. don.*

(*d*) fr. 31 § 2 D. XXXIX, 5 — § 20 *Instit.* II, 20 *de legat.*

(*e*) fr. 3 § 4 in fine D. IV, 4 *de minor.* Sembra per la c. 1. Nov. 81, che ritengano il *peculium profectitium* coloro che vengono liberati dalla patria potestà in forza della loro dignità. Marezoll nell'*Arch. per la prat. civ.* VIII. 2 p. 281.

(*f*) § 1 *Instit,* II, 9 — c. 6 pr. C. VI, 61.

(*g*) § 2 *Inst.* II, 9 — c. 6 § 3 C. VI, 61.

(*h*) c. 1 C. VI, 60 — c. 6 § 2, c. 8 § 4 C. VI, 61.

(*i*) c. 8 § 4 in fine C. VI, 61.

(*k*) c. 6 § 2, c. 8 § 4 in fine, C. VI, 61.

(*l*) c. 6 § 2 C. VI, 61 — c. 1 C. VI, 60 *de bon. mat.*

(*m*) c. I, 2 C. VI, 60 — c. 4 in fine, c. 8 § 5 C. VI, 61.

(*n*) c. 8 § 4 C. VI, 61.

si possano custodire (*o*). Trattandosi che si avesse da intentare o da contestare una lite concernente il peculio avventizio, non è necessario il consenso del figlio (*p*).

Siccome il proprietario è il figlio, così esso ha il possesso civile ed il padre non ha che il possesso naturale (*q*); ma il figlio non può disporre di questo peculio per testamento nemmeno col consenso del padre; può però venderlo, se il padre lo permette (*r*). Se quest'ultimo alienò qualche cosa appartenente al peculio avventizio in un modo illecito, il figlio non la può rivendicare che cessata la patria potestà, e quindi la prescrizione comincia per lui a decorrere soltanto da un tale momento (*s*). Del resto, spetta al figlio di famiglia un diritto generale di pegno su tutti i beni del padre per la sicurezza di questo peculio, in quanto il medesimo comprenda i beni materni o quelli derivanti dal lato materno, e gli utili delle nozze (*lucra nuptialia*) (*t*).

Il peculio avventizio si chiama *ordinario*, se il padre ha sovr'esso i diritti finora esposti: si dice *estraordinario* o *irregolare*, se il figlio ne ha non solo la proprietà ma anche l'usufrutto, e quindi se è pubere, eziandio l'amministrazione; se il figlio è impubere, l'amministrazione spetta al padre, se vuole; altrimenti al curatore ch'è nominato da quello, da cui deriva il peculio, e se questo non ne nominò alcuno, ne destina uno il magistrato (*u*). Il peculio avventizio straordinario ha luogo ne' casi seguenti:

1. se il figlio adisce un'eredità o acquista altre cose senza il consenso del padre (*v*).

2. se al figlio fu donata o lasciata qualche cosa sotto condizione che il padre non ne abbia ad avere l'usufrutto (*x*);

3. se il figlio succede ab intestato a suo fratello naturale insieme col padre, nel qual caso il padre non acquista alcun diritto sulla quota d'eredità devoluta al figlio (*y*);

4. se ai figli si devolvono beni da parte della madre per aver questa intrapreso con sua colpa e con colpa del padre un illegittimo divorzio, *buona gratia* (*z*) (V. § 136 in fine). Se il padre abusa del suo diritto a danno del figlio, esso perde bensì l'amministrazione, ma non l'usufrutto (*aa*). Nemmen per la rinunzia l'usufrutto non cessa, poichè fra il padre e i figli soggetti alla sua patria potestà non vi può essere donazione (*bb*).

(*o*) c. 8 § 5 C. VI, 61.

(*p*) c. 1 C. VI, 60. Non osta la c. 8 § 3 C. VI, 61. Vedi Marezoll nel *Giorn. del Dir. e proc. civ.* VIII, 3 p. 382 — c. 8 § 3 C. VI, 61.

(*q*) Confr. § 182.

(*r*) c. 8 § 5 C. VI, 61 — pr. *Inst.* II, 12. Compete per altro loro, se hanno raggiunto i 18 anni il diritto di aggravare di pegno il peculio avventizio, per liberare dalla schiavitù i genitori. Nov. 115, c. 3 § 13 in fine.

(*s*) c. 4 C. VI, 61 — c. 1 § 2 C. VII, 40 *de ann. except.*

(*t*) Confr. § 246 nota 1.

(*u*) Nov. 117, c. 1.

(*v*) c. 8 pr. § 1 C. VI, 61.

(*x*) Nov. 117, c. 1 pr.

(*y*) Nov. 118, c. 2 — Confr. Löhr nell'*Archiv. per la prat. civ.* X, 2, p. 165.

(*z*) Nov. 134, c. 11 — Marezoll nel *Giorn. di dir. e Proc. civ.* VIII, 3 pag. 415-423.

(*aa*) c. 13 § 2 C, IX, 51 *de sentent. pass. et restitit.*

(*bb*) fr. 56 § 1 D. XLVI, 1 *de fidej.* — fr. 1 § 1 D. XLI, 6 *Pro donato* — c. 11 C. VIII, 54 *de donat.* — Non osta c. 6 § 2 C. VI, 61, poichè in questo passo è detto soltanto, che il figlio il quale possedeva l'usufrutto spettante al padre, lo acquista dopo la morte di questo, locchè è affatto consentaneo ai principii generali, pei quali le donazioni fatte ai figli colla morte del padre vengono convalidate anche pel passato, c. 25 C V, 16 *de donat. inter vir. et uxor* (§ 148 nota *a*).

TITOLO III.

Dell'estinzione della patria potestà (*a*).

§ 151.
I. *Per la morte del padre o del figlio.*

La *patria potestà* si estingue così per la morte naturale che per quella civile del padre (*b*), succedendo l'una o l'altra delle quali i figli e le figlie diventano *sui juris*: i nipoti per altro e le nipote passano sotto la potestà del loro padre, se questo non è morto, o se per una *capitis diminutio* non era già sciolto dalla potestà di suo padre (*c*). Nella stessa maniera cessa la patria potestà colla morte del figlio, o s'esso si risguarda come morto a motivo della *capitis diminutio maxima* o *media* (*d*).

§ 152.
II. *Immediatamente per legge, o a titolo di pena.*

La patria potestà durante la vita del padre o del figlio cessa talvolta immediatamente per legge (*ipso jure*), o per gastigo, previa sentenza del giudice. Cessa *ipso jure* se il figlio giunge a certe dignità, mentre ogni dignità che libera dall'ufficio di decurione scioglie altresì dalla patria potestà (*a*), o se il padre passa a seconde nozze o contrae un matrimonio incestuoso (*b*); cessa per gastigo, previa sentenza del giudice, se il padre prostituisce la figlia (*c*). Ogniqualvolta la patria potestà si estingue per morte, o *ipso jure*, o per gastigo, i figli non vanno soggetti ad una *capitis diminutio*, e quindi conservano i diritti di agnazione (*d*).

§ 153.
III. *Per mezzo di un'eccezione.*

1. Per mezzo dell'eccezione *rei judicatae* cessa la patria potestà, quando il giudice pronunziò ch'essa non competa a taluno. Chi fa uso di questa eccezione, dà con ciò a divedere ch'esso rinunzia ai diritti di agnazione (*a*).

2. È assai verosimile che si possa respingere colla eccezione della prescrizione (*b*) l'*actio de patria potestate.*

§ 154.
IV. *Per libero consenso.*

Cessa la patria potestà per spontaneo volere del padre, s'egli colla sua arrogazione o coll'adozione perfetta (*adoptio plena*) del figlio la trasferisce in un altro, oppure s'egli colla emancipazione scioglie il figlio dalla sua potestà, in modo che questo diventi *sui juris* (*a*), al che oltre il consenso degl'interessati è necessaria anche l'osservanza delle formalità dalla legge ordinate (*b*). L'emancipazione

(*a*) *Inst.* I, 12 *Quibus mod. jus pot. solv.* — D. I, 7 *de adopt. et emancip.* Confr. anche C. VIII, 49 *de emancip. lib.* — Ulp. X, Caji I, 6.
(*b*) pr. § 1-3 *Inst.* h. t.
(*c*) pr. *Inst.* eod. — fr. 5 D. I, 6 *de his, qui sui* — fr. 41 D. I, 7. — Vedi il § seguente.
(*d*) § 1 *Inst.* I, 12.

(*a*) § 4 *Inst.* eod. — c. ult C. XII, 3 *De consul.* — Nov. 81, c. 1, 3. Tali sono il patriziato, il consolato, l'uffizio di prefetto del pretorio, di prefetto della città, di maestro dei soldati, il patrocinio del fisco e la dignità di vescovo.
(*b*) Nov. 12, c. 2.
(*c*) c. 6 C. XI, 40 *de spect.* — c. 12 C. I, 4 *de episc. aud.* Il caso, che il padre abbia esposta la prole, è stato annoverato qui per errore, mentre la c. 2. C. VIII, 52 *de inf. expos.* e la Nov. 153, c. 1 si riferiscono soltanto al padrone ed allo schiavo, e la c. 16, C. V, 4 si oppone direttamente a una tale opinione. Buchholtz nelle sue *Diss. giur.* n. 16.
(*d*) Nov. 81, c. 2. — Nov. 12. c. 2 Confr. fr. 25 D. I, 3 *de legibus.*

(*a*) fr. 1 § 4 D. LXIII, 30 *de lib. exib.*
(*b*) A motivo della c. 1 C. VIII, 47 *de patr. pot.* e del fr. 25 D. I, 7.

(*a*) § 6 *Inst.* I, 12. La parola *emancipazione* deriva da *datio* e *mancipio*, ossia liberazione dalla potestà e dominio. — Ulp. X, 1.
(*b*) § ult. *Inst.* eod.

segue dunque per volontà del padre e col consenso del figlio a meno che questo non sia ancora un infante o un figlio adottivo (*c*). Ma il padre può venir costretto ad emancipare il figlio, se lo tratta in un modo inumano (*d*), se accettò un legato lasciatogli a condizione ch'emancipi il figlio (*e*), e se il figlio arrogato giunto alla pubertà può provare che l'arrogazione fu per lui dannosa (*f*).

Per ciò che concerne le formalità estrinseche, si distinguono tre specie di emancipazione, la *legittima*, l'*anastasiana* e la *giustiniana*. La prima si celebrava col vendere fintamente e collo sciogliere il figlio dalla potestà del compratore, e questa fu abolita intieramente da Giustiniano (*g*). La seconda fu introdotta a vantaggio dei figli assenti, ed ha luogo per rescritto del principe da insinuare presso il giudice competente (*h*). La terza infine, che fu introdotta in luogo della prima, segue fra persone presenti innanzi al competente magistrato (*i*). L'emancipato diventa *sui juris*, soffre la *capitis diminutio minima*, e perde i diritti di agnato (*k*), i quali tuttavia nell'emancipazione anastasiana gli possono nel rescritto venir riserbati (*l*).

(*c*) c. 5 in fine C. VIII, 49 — c. 10 pr. C. VIII, 48 *de adopt.* - fr. 132 pr. D. XLV 1 *de verb. oblig.* Buchholtz nella sua *Dissertazione giuridica*, Königsberga 1833, n. 17 è d'opinion differente. Ma le parole nella c. 10 C. VIII. 48 «*cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri, et extraneus per emancipationem* », indicano chiaramente, che il vincolo dell'adozione poteva venir disciolto con maggiore facilità che la patria potestà derivante dal vincolo naturale: ma in che altro poteva mai consistere una tale maggiore facilità se non se nel poter emancipare il figlio senza il di lui consenso?

(*d*) fr. 5 D. XXXVII, 12 *Si a parente quis manum.*

(*e*) fr. 92 D. XXXV, 1 *de condit.*

(*f*) fr. 32 pr. D. I, 7 *de adopt.*

(*g*) § 6 *Instit.* eod. — c. ult. C. VIII, 49.

(*h*) c. penult. Cod. eod.

(*i*) c. ult. C. eod.

(*k*) fr. 3 § 1 D. IV, 5 *de capit. minut.*

(*l*) c. 11 C. VI, 58 *de legit. hered.*

CAPITOLO III.

Della tutela.

TITOLO I.

Del modo di costituire ed assumere la tutela.

§ 155.

Nozione della tutela (*a*).

La tutela, giusta la definizione di Servio (*b*), è quell'autorità e potere che le leggi civili danno e concedono a taluno a difesa di un impubere sciolto dalla patria potestà. Questa definizione, sebbene sia stata modificata e corretta in più modi, ci dà una idea chiara e precisa della tutela. Le parole *vis ac potestas* adoperate dalla legge si usarono promiscuamente, per semplice eleganza come sogliono spesso fare gli scrittori classici, e perciò non è di bisogno di stillarsi il cervello per sapere in che cosa esse differiscano. Si dice *a difesa di un impubere* (*qui propter aetatem se defendere nequit*), perchè la causa della tutela non è che il difetto di età, e ciò in piena consonanza col Diritto novissimo romano, secondo il quale non ha più luogo la tutela perpetua delle femmine: *sciolto dalla patria potestà* (*in capite libero*), poichè chi è soggetto alla medesima non ha bisogno di tutore, avendo il padre che ne fa le veci: *che le leggi civili danno e concedono* (*jure civili date*

(*a*) *Inst.* I, 13 *de tutelis.* — D. XXVI, 1 *de tutelis.* — G. B. Wiesner *Il Diritto di tutela*, Halla 1785. — Löhr *Sulle nozioni romane di tutela e curatela nel Magazz.* III, n. 1 e 14 A. A. Rudorff, *Il diritto di tutela secondo le leggi vigenti in Germania*, Berlino 1832-1834, tomi 3.

(*b*) fr. 1 pr. D. XXVI, 1 — § 1, *Inst*, I, 13. — J C. F. Meister *Jus. rom. privat.* § 729. — Glück *Comm.* XXVIII, p. 472 fino alla fine, e XXIX in principio.

atque permissa), con che si accenna abbastanza chiaro, che la tutela è una specie d'impiego pubblico, e ch'essa può sostenersi solo da cittadini romani, e perciò nè da stranieri nè da schiavi, essendo i soli cittadini romani partecipi del Diritto civile.

Chi è soggetto a tutela, si chiama pupillo (*pupillus*) (*c*), chi ne ha l'autorità si dice tutore (*tutor*) (*d*). Il tutore è *gerens*, o *administrans*, s'esso ha l'amministrazione; se questa spetta a più persone, si chiamano contutori (*contutores*) (*e*); *tutor honorarius* è quello che non ha che la sorveglianza; e finalmente *notitia causae datus* quello che in affari d'importanza deve assistere col suo consiglio il tutore amministrante (*f*). Chi senza esser tutore, oppure chi, senza esservi stato legalmente destinato, esercita una tutela, sia che sappia o no ch'essa non gli spetta, si chiama *protutor, pro tutore negotia gerit* (*g*); ed è detto nelle leggi nominatamente *falsus tutor* s'egli interpone la sua autorità in affari del pupillo con terze persone (*h*). Chiunque vuole assumere una tutela deve 1. essere idoneo, e 2. venir nominato nelle debite forme.

§ 156.

Delle persone inabili ad assumere la tutela.

Le persone inabili ad assumere la tutela altre sono:

1. tali che ne sono assolutamente incapaci, dimanierachè si passa alla nomina di un altro tutore come s'esse non esistessero (*a*);

2. altre non sono veramente assolutamente incapaci, ma devono però esimersi dall'assumerla, locchè si chiama *excusatio necessaria:* che se non l'hanno fatto, vengono rimesse dalla tutela, e il magistrato deve deputare un altro tutore (*b*).

Sono della prima categoria:

1. gli schiavi (*c*);
2. gli stranieri (§ 155);
3. le femmine (*d*) ad eccezione della madre ed avola, che possono, se loro aggrada, essere ammesse alla tutela, senza essere però obbligate ad esimersene se non vogliono accettarla (*e*);
4. i vescovi, ed i monaci (*f*);
5. i soldati (*g*);
6. i minorenni (*h*).

(*c*) fr. 239 pr. D. L, 16 *de verb. sign.*
(*d*) fr. 1 § 1 D XXVI, 1.
(*e*) fr. 7 § 14, fr. 24 § 1 D. XXVI, 7 *de admin. et peric. tut.*
(*f*) fr. 14 § 1 e 6 D. XLVI, 3 *de solut.* — fr. 32 § 1 D. XXVI, 2 *de test. tut.* — fr. 3 § 2 D. XXVI, 7 *de administr. et peric. tut.* — fr. 49 D XXIX, *de adqu. et om. hered.* Glück *Comm.* XXIX. pag. 192.
(*g*) D. XXVII, 5 *de eo, qui pro tut. vel curat. negot. gessit.* — C. V. 45 eod.
(*h*) D. XXVII, 6 *Quod falso tut. auct. gest. esse dicatur.* Neustetel nell'*Arch. per la Prat. civ.* \ n. 19 *Sulla differenza fra protutor e falsus tutor.*

(*a*) fr. 1, § 1, fr. 3 § 9, fr. 10 D. XXVI, 4 *de legit. tut.* — fr. 73 pr. D. L. 17 *de reg. jur.* Vedi Löhr nell'*Arch. per la Prat. civ.* XI, 1, p. 1-3.
(*b*) § 5 *Inst.* I, 26 *de suspect. tut.* — fr. 17 D. XXVI, 1 *de tutel.* — Gaji I § 182. — Ulp. XI, 23. Non viene allontanato però sempre dalla tutela quegli che si scusa, ma talvolta gli si aggiunge un curatore, fr. 3 § ult., fr. 9 D. XXVI, 10 *de suspect. tut.* — fr. 6 D. XXVII, 2 *Ubi pupill. educ.* — fr. 9 § 5 D. XXVII, 3 *de tutel. et rat. distr.* — c. 6, 7 C. V 43 *de suspect. tut.*
(*c*) c. 7, C. V, 34 *Qui dare tutor. vel curat.* Solo nel caso che sia stato preso dai nemici chi è chiamato alla tutela il pretore nomina un tutore *ex jure postliminii* pel tempo che il primo resta prigioniero. fr. 1 § 2 D. XXVI, 4 *de legit. tut.*
(*d*) fr. 16 § 18 D. XXVI, 1.
(*e*) Nov. 94, c. 2. — Nov. 118 c. 5 *in med.*
(*f*) c. 52 C I, 3. Gli altri chierici possono, se vogliono, assumere la tutela « *solo gradu cognationis* »; si risguardano però al pari delle donne come non esistenti, s'essi dopo quattro mesi dal giorno dell'interpellazione non dichiararono in iscritto presso il giudice competente di aver assunta l'amministrazione. Nov. 123, c 5.
(*g*) § 14 *Inst.* I, 25 *de excus.* — c. 4 C. V, 34 *Qui dare tut. poss.*
(*h*) § 13 *Inst.* I, 25. — c. 5 C. V, 30 *de legit. tut.* S'eglino però furono nominati tutori per testamento, non vengono esclusi dalla tutela, ma il pretore nomina intanto un tutore, finchè diventano maggiorenni, § 2 *Inst.* I. 14 *Qui testam. tut* — fr. 10 § 7 D. XXVII, 1 *de exc.*

Sono della seconda: 1. i furiosi (*i*);

2. i prodighi loro dalla legge equiparati (*k*);

3. i sordi, muti e ciechi (*l*);

4. tutti coloro che sono attaccati da una infermità, per cui non possono provvedere alle proprie lor cose (*m*).

5. gl'inimici del pupillo e dei di lui genitori (*n*);

6. coloro che furono esclusi dalla tutela nel testamento dei genitori (*o*);

7. i creditori e debitori notorii del pupillo, ad eccezione della madre e dell'avola (*p*);

8. coloro che s'intrusero nella tutela per mezzo di donativi (*q*);

9. quelli che sono chiamati alla tutela coll'obbligo di prestar garanzia, e, sia per indigenza o per frode, non la prestano (*r*):

10. quegli ch'essendo il primo dalle leggi chiamato alla tutela, sostiene di essere egli l'erede, e che il pupillo sia stato diseredato (*s*).

(*i*) fr. 17 D. XXVI, 1 *de tutel.* — fr. 10 § 8, fr. 12 D. XXVII, 1 — § 2 *Inst.* I, 14.

(*k*) c. 5 C. V, 30 *de legit. tut.* nelle parole «*cui enim ferendum est, etc.* Confr. col fr. 12 § 2 D. XXVI, 5.

(*l*) fr. 1 § 2 e 3 D. XXVI, 1 *de tutel.* Confr. colla c. 1 C. V, 67 *Qui morbo se excusant.*

(*m*) fr. 10 § 8, fr. 12 pr. D. XXVII, 1.

(*n*) fr. 3 § 12 D. XXVII, 10 *de susp. tut.*

(*o*) fr. 21 § 2 D. XXVI 5 *de tutor. vel curat. dat.*

(*p*) Se non per tanto assunsero la tutela, i creditori perdono la loro azione, e i debitori la loro eccezione contro il pupillo. Nov 72, c. 1-4 — Nov. 94, c. 1. Braun *Aggiunte a Thibaut* II, pag. 430, e Seuffert nell'*Arch. per la Prat. civ.* XII, 3 p. 301.

(*q*) fr. 21 § ult. D. XXVI, 5.

(*r*) c. 2 C. V. 42 *de tut. vel curat, qui satis* etc.

(*s*) fr. 27 § 1 D. XXVI, 2 *de test. tut.* — fr. 20 D. XXVII, 1 *de excus.* Schuster nella sua *Recens.* della traduzione del *Corpus jur.* nel fascic. di settembre del *Giornale* di Wagner 1832, pag. 410, provò che il primo di questi passi viene rischiarato dal secondo.

§ 157.

Scuse volontarie.

Tutti gli altri cittadini romani sono obbligati ad assumere la tutela loro deferita senza neppur potere esigere una ricompensa per la loro fatica (*a*). Non ostante le leggi riconoscono alcuni motivi (*excusationes voluntariae*) per cui si può dispensarsi dall'assumere la tutela, o di ritenerne una già assunta.

Possono ricusare una tutela non per anco assunta:

I. *per pubblici riguardi:*

1. gl'impiegati d'alta sfera (*b*);

2. i professori di scienze ed arti liberali, come altresì i medici se non oltrepassano il numero legale, ed adempiono esattamente le loro incombenze (*c*);

3. gli amministratori dei beni del sovrano o del fisco, gli esattori delle imposte, e gli affittajuoli di tenute imperiali, come altresì gli impiegati di provianda negli eserciti (*primipilares*) (*d*) e quelli cui venne dall'imperatore affidata la cura dei suoi affari privati (*e*);

4. quelli che sono assenti in affari pubblici, non solo fintantochè dura la

(*a*) fr. 1 pr. D. XXVI, 7 *de administr. et peric. tut.* — fr. 1 § 4 D. L, 4 *de mun. et honor.*

(*b*) § 1 *Inst.* I, 25 *de excus. tut.* Glück nel suo *Comm.* XXXI, p. 275, crede che questo passo parli solo di magistrati inferiori, ma il fr. 23 D. XXVI, 1 «*Propter magistratum, quem in municipio quis erat administraturus, tutelae excusationem non habere, respondi*», non si può intendere che tratti d'altri che di uno che sia già chiamato all'autorità municipale, mentre la sola speranza o possibilità di arrivarvi non poteva ragionevolmente offrire un motivo di scusa, nè occasione ad Ulpiano di rispondere.

(*c*) § 15 *Inst.* I, 25 — fr. 6 § 1 e seq. D. XXVII, 1. — c. 6 C. X, 52 *de profess. et med.*

(*d*) § 1 *Inst.* I, 25 — fr. 41 pr. D. XXVII, 1 — c. 10 V X, 62 *de excus. tut. et curat.* — c. ult. C. V, 34 *Qui dare tut. poss.* — fram. 8 § 12 D. XXVII, 1.

(*e*) fr. 22 § 1 D. XXVII, 1.

loro assenza, ma anche per tutto un anno dopo il loro ritorno (*f*);

5. i membri di alcune corporazioni di professionisti di particolare pubblica utilità, vale a dire le corporazioni dei fabbri, dei magnani, dei muratori, dei pistori, dei padroni di nave che condussero vettovaglie a vantaggio dello Stato (*navicularii*), finalmente gl'ispettori de' pubblici magazzini delle biade (*mensores, frumentarii*) (*g*).

II. *per motivi privati:*

1. *tria onera tutelaria in una domo*, cioè, se il padre di famiglia unitamente ai suoi figli deve amministrar tre tutele, purchè queste non sieno state ricercate, e non sieno di lieve entità: esse però sono più da pesarsi che da contarsi, potendo anche benissimo una unica, ma pesante tutela fornire un motivo di scusa (*h*);

2. persone dell'età d'anni 70 passati (*i*),

3. quelli che il padre chiamò per astio alla tutela, onde condurli in pericolo colla gestione in affari complicati (*k*),

4. quelli che non sono domiciliati nel luogo della loro destinazione (*l*),

III. *in forza di privilegio:*

1. Chi ha in Roma tre figli, nell'Italia quattro, e nelle provincie cinque; purchè questi sieno già nati, sieno legittimi, naturali e vivi (*m*);

2. i soldati veterani dimessi onorevolmente, in rapporto alla tutela di una persona non addetta alla milizia (*n*);

3. gli atleti (*o*).

Vengono disonerati da una tutela già assunta:

1. coloro che o per malattia o per indigenza non possono continuar la tutela (*p*);

2. quelli che cangiarono il loro domicilio in conseguenza di un rescritto del Principe se questo sapeva ch'erano tutori (*q*);

3. gli assenti in affari di stato durante la loro assenza (*r*);

4. finalmente i giureconsulti che gl'Imperatori avessero chiamato nel loro consiglio (*consilium*) (*s*).

Se alcuno desidera di esimersi da una tutela deferitagli, deve insinuare le sue scuse al giudice competente entro cinquanta giorni continui, dacchè gli fu nota la sua nomina di tutore (*t*); in mancanza di che, oppure non risultando le scuse sufficienti, egli è risponsabile come se non avesse avuta alcuna scusa ed avesse ciò non ostante negletta la tutela (*u*). Del resto si deve osservare che tutti i fin

(*f*) § 2 *Inst.* I, 25 — fr. 10 pr. § 2 D, XXVII.

(*g*) fr. 5 § 12 D. L, 5 *de jur immun.* — fr. 17 § 2 e 3, fr. 41 § 3 D. XXVII, 1. — c. 32 C. X, 31 *de decur.* — fr. 46 pr. § 1 D. XXVII, 1 c. 24 C. V, 62 *de excus.* — fr. 26 D. XXVII, 1. Secondo i frammenti vaticani, erano scusati dalla tutela anche quelli che distribuivano la carne al popolo (*suarii o porcinarii*). Vedi Glück XXXI, pagine 448-480.

(*h*) § 5 *Inst.* I, 25 — fr. 2 § 9 fr. 3-5 — fr. 15 § 15, fr. 17 pr. 31 § 4 D. XXVII, 1

(*i*) § 13 *Inst.* I, 25 — fr. 2 pr. D. XXVII, 1 — c. un. C. V, 68 *Qui aetate se excus.* Non si oppone la c. 3 C. X. 49 *Qui aetate vel profess. se excus.* Glück XXXII, p. 55.

(*k*) § 9 *Inst.* I, 25.

(*l*) fr. 46 § 2 D, XXVII, 1.

(*m*) pr. *Inst.* I, 25. Dei figli morti si computano solo quelli uccisi in battaglia, perchè si riguarda come vivo in perpetuo chi è morto per la patria. In fine ejusd. pr. *Inst.* I, 25.

(*n*) fr. 8 D. XXVII, 1, — c. 1, 2, C. V, 65 *de excus. veter.*

(*o*) fr. 6 § 13 D, XXVII, 1. — c. un. C. X, 53 *de athletis.*

(*p*) § 6, 7 *Inst.* I, 25. — fr. 7 fr. 40 § 1 D. XXVII, 1. - c. un. C. V, 67 *Qui morbo se excus.*

(*q*) fr. 12 § 1 D. XXVII, 1 — Confr. Marezoll nell'*Archiv. per la Prat. civ.* VIII, 2, p. 266.

(*r*) § 2 *Inst.* I, 25. Confr. I, n. 4 di questo paragrafo.

(*s*) fr. 30 pr D, XXVII, 1, — fr. 11 § 2 D, IV, 4 *de minor.* Glück XXXI, p. 241.

(*t*) § 16 *Inst.* I, 25. Durante una tal procedura, si costituisce un curatore, fr. 17 § 1 D. XLIX, 1.

(*u*) fr. 13 § 1 D. XXVII, 1.

qui addotti motivi di scusa non giovano, se alcuno promise al padre di assumere la tutela (*v*), o se accettò quanto il padre gli lasciò a questo oggetto (*x*).

§ 158.

Conferimento della tutela.

La tutela si deferisce in tre modi: 1. per testamento, e si chiama ***testamentaria*** (*a*); 2. per legge, e si dice ***legittima*** (*b*); 3. per decreto del giudice, e si appella ***dativa*** (*c*).

§ 159.

Della tutela testamentaria.

Testamentaria si chiama quella tutela che viene conferita dal padre o dall'avolo paterno in un testamento o in un codicillo confermato dal testamento (*a*), sopra quei figli impuberi che sono soggetti alla loro potestà, e che morto il padre o l'avo non passano sotto quella di un altro (*b*). Chi venne in tal modo eletto tutore, è tale *ipso jure*, senza aver bisogno di conferma dal magistrato (*c*) o di prestare cauzione (*d*). Tutore può venir nominato chiunque è valido testimonio testamentario (*e*); e perfino gl'inabili possono esser nominati, pel caso che diventino abili (*f*). Solo è necessario che non ci sia dubbio su chi fra diversi p. e. dello stesso cognome, cadde scelta (*g*). Chi scrive il testamento non può inscrivervi sè stesso come tutore; ma il magistrato, se nulla vi osta, può confermare posteriormente un tale tutore (*h*). Del resto il padre è abilitato a limitare la nomina da lui fatta ad una data condizione, o ad un dato tempo (*i*).

La tutela si dice impropriamente testamentaria (***tutela testamentaria improprie dicta***), se non concorrono tutti gli estremi fin qui esposti, come p. e. se taluno che non ha la patria podestà nomina un tutore, o se la nomina non seguì nelle debite forme. Simili tutori vengono non pertanto ordinariamente confermati dal Magistrato, ora senza permettere inquisizione, ora permettendola: ***senza inquisizione,*** nel caso che il padre abbia nominato un tutore in un codicillo non confermato da testamento, oppure lo abbia nominato ai figli emancipati o avuti da una concubina ai quali abbia lasciato qualche cosa (*k*): ***previa inquisizione,*** per rilevare se la nomina sia vantaggiosa al pupillo, qualora il padre abbia bensì assegnato un tutore a' suoi figli naturali, ma non abbia lasciato loro alcuna cosa (*l*), oppure qualora la madre o un estraneo abbiano istituito erede un impubere, e gli abbiano nominato contemporaneamente un tutore (*m*).

(*v*) § 9 *Inst.* I, 25.

(*x*) fr. 5 § 2 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign. auf.*

(*a*) *Inst.* I, 14 — D, XXVI, 2 — C. V. 28.

(*b*) *Inst.* I, 15, 17, 19. — XXVI, 4 — C. V, 30.

(*c*) *Inst.* I, 20 — XXVI, 5

(*a*) fr. 3 D. XXVI, 2 *de test. tut.* — fr. 1 § 1 D. XXVI, 3 *de confirm. tut.*

(*b*) fr. 1 pr. § 2, fr. 2 fr. 4, fr. 6, fr. 16 pr. § 1-4 D. XXVI, 2 — Sotto questa condizione si può deputare un tutore anche ai postumi, fr. 1 § 1, fr. 5, fr. 6 in fine, fr. 19 § 2 D. eod.

(*c*) fr. 7, fr. 1 9 § 2 D. eod.

(*d*) fr. 17, 18 D. eod.

(*e*) fr. 21 D. eod. Confr. Schuster nella sua *Recens.* della traduzione tedesca del *Corpus juris* nel *Giornale* di Wagner, fascicolo del settembre 1832, p. 412.

(*f*) § 1 3 *Inst.* I, 14. — fr. 11 D. XXVI, 1 *de tutel.* — fr. 10 § 3, 4 D. XXVI, 2 *de test.* Frattanto il Magistrato nomina un curatore, fr. 10 § 7 D, XXVII, 1 *de excus.*

(*g*) fr 20 pr. fr. 30 D. XXVI. 2.

(*h*) fr. 29 D. eod. — fr. 18 § 1 D. XLVIII, 10 *de lege Corn. de falsis.*

(*i*) § 3 *Inst.* I, 14, fr. 8 § 1-3 D. XXVI, 2.

(*k*) § 5 *Inst.* I, 13 *de tutel.* fr. 1 § 2, fr. 6 8, 10, D. XXXVI, 3 *de confirm. tut.* — fr. 4 D. XXVI, 2. — c. 2 C. V, 29 *de confirm. tut.*

(*l*) fr. 7 pr. D. XXVI, 3. — c. 4 C. V, 29. Thibaut è di opinione differente: vedi intorno a ciò le *Illustr.* di Braun II, p. 432.

(*m*) fr. 4 D. XXVI, 2 *de test. tut.* — fr. 1 § 2, fr. 5 D. XXVI, 3. Uno straniero del resto non può nominare un tutore all'impubere, che istituì

§ 160.

Della tutela legittima.

Se non fu nominato per testamento un tutore, o se l'eletto manca affatto ed ipsojure, si fa luogo alla tutela legittima che si conferisce a norma di legge (*a*). Il fondamento di questa tutela è il principio: *ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet* (*b*). Erano quindi negli antichi tempi chiamati alla tutela soltanto gli agnati, perchè essi soli potevano succedere ab intestato (*c*). Le nuove leggi romane chiamano alla tutela anche i cognati nell'ordine stesso in cui succedono ab intestato; e la madre e l'avola vengono, in vista del loro attaccamento naturale pei figli, preferite a tutti i consanguinei laterali, se rinunziano alle seconde nozze e al beneficio del senatoconsulto Vellejano (§ 620) (*d*).

§ 161.

Della tutela dativa.

La *tutela dativa* che si conferisce dal magistrato, ha luogo se non v'è tutore testamentario nè legittimo, o se questi non possono assumere la tutela, o si scusano, o ne vengono rimossi (*a*). La tutela può conferirsi soltanto da quei magistrati che ne ottennero il diritto in forza di una legge, di un senatoconsulto, o dal principe (*b*); oltrechè debbono avere la giurisdizione tanto sulla persona, che sui beni del pupillo (*c*). A tutore può poi venir nominato soltanto chi è soggetto alla giurisdizione del magistrato (*d*). La nomina poi deve seguire colle solennità dalla legge volute, vale a dire, prima di eleggere un tutore, si faranno le necessarie indagini (*e*), ed esso non potrà essere nominato che puramente e senza limitazione a un dato tempo (*f*). Le autorità debbono *ex officio* provedere

suo erede, senonchè « *ubi pupillus extra ea* (*i. e. extra hanc, hereditatem*) *nil in bonis habet.* » fr. 4 D. XXVI, 3 *de confirm. tut.*

(*a*) fr. 6 D. XXVI, 4 *de legit. tut.* — § 2 *Inst*, 15 *de legit. agn. tut.* — fr. 9, fr. 11 § 3 e 4 D. XXVI, 2 *de test. tut.*

(*b*) *Inst.* I, 17 in fine.

(*c*) Intorno la tutela legittima secondo il Diritto antico, veggasi Günt. § 500, e Glück *Comm.* XXIX, p. 325-396.

(*d*) Nov. 118, c. 5. Molti e fra gli altri anche Glück *Comm.* XXIX, p. 60, pretendono che la madre venga preferita perfino all'avo, perchè in quella Novella è detto: « *secundum ereditatis ordinem tutelam subire permittimus* » Ma tosto dopo vengono le parole: « *haec enim servantes, omnibus a latere cognatis quo ad tutelam praeponuntur.* »

(*a*) fr. 10 pr. D. XXVI, 2 *de test. tut.* — § 2 *Inst.* I, 20 *de Atil. tut.* — c. 1 C. V, 36 *In quib. caus tut.* Se il tutore testamentario è impedito, il magistrato deve nominare un altro finchè svanisca l'impedimento. Ma se il tutore testamentario ha cessato del tutto dalla tutela, conviene distinguere se ciò fu coll'intervento del magistrato (p. e. se esso venne dimesso come sospetto), o senza un tale intervento (come p. e. se esso morì, o s'è giunto il giorno fino al quale fu nominato): nel primo caso ha luogo la tutela *dotiva*, nel secondo la *legittima*. La ragione d'una tale differenza sembra essere stata la seguente. Siccome i magistrati romani avevano distretti giurisdizionari assai vasti, e quindi non potevan arrivare così tosto a loro conoscenza tutti i singoli casi per la mancanza dei mezzi di comunicazione di cui ora godiamo, così i pupilli sarebbero stati non di rado esposti al pericolo di soffrire un danno, se privi del loro tutore, avessero dovuto attendere finchè il magistrato ne avesse nominato un altro. Ma se il tutore ha cessato dalla tutela per intervento dell'Autorità, così questa n'era già in cognizione e poteva nominar tosto un altro tutore che fosse idoneo, senza che fosse necessario di aver riguardo a quello legittimo.

(*b*) Anticamente secondo la legge Attilia, in Roma aveva il diritto il Pretore di nominare il tutore, e nelle provincie il presidente d'ogni singola provincia a tenore della legge Giulia e Tizia; più tardi ottennero un tal potere anche altre magistrature, pr. § 3 5 *Inst.* I, 20. — fr. 3 D. XXVI, 5. — c. 30, C. I, 4.

(*c*) c. un. C. V, 32 *Ubi pet. tut. vel curat.* — fr. 27 D, XXVI, 5 *de tut. et curat. dat.*

(*d*) fr. 3, fr. 24 D, XXVI, 5. — c. 5 C. V, 34 *Qui dari tut. poss.*

(*e*) fr. 21 § 5 D. XXVI, 5. — fr. 7 § 1 D. XXVI, 3 *de confirm. tut.*

(*f*) fr. 6 § 1 D. XXVI. 1 *de tutel.* — fr. 77 D.L. 17 *de regul. jur.* È chiaro che c'è un'eccezione pel caso che il tutore testamentario sia impedito, e che il magistrato intanto finchè cessa l'impedimento ne nomina un altro.

perchè i pupilli ricevano un tutore (*g*), ed è facoltativo ai consanguinei, ai cognati e agli altri conoscenti ed amici, come altresì a quelli che hanno un'azione contro il pupillo, d'implorare che gli venga deputato un tutore (*h*). Anzi la madre e i consanguinei più prossimi, i quali non vogliono o non possono accettare essi medesimi la tutela, come altresì le persone pupillarmente sostituite (§ 344 nota *g*), sono tenute ad instare presso le autorità per la nomina di un tutore: tralasciando di farlo, vengono escluse dal diritto di succedere (*i*).

§ 162.

Del modo di assumere la tutela.

Per assumere regolarmente la tutela è necessario un decreto di conferma, una fidejussione per la conveniente amministrazione delle cose pupillari (*a*), il giuramento (*b*), e la confezione di un inventario (*c*). Il decreto di conferma e il giuramento si richieggono però soltanto nella tutela dativa, e nella testamentaria impropriamente detta (*d*). Dalla fidejussione sono esenti i tutori testamentarii propriamente detti, e quelli impropriamente detti, in quanto questi vennero confermati senza inquisizione, garantendo la scelta paterna abbastanza per la loro fedeltà (*e*). Godono una tale esenzione anche quelli che furono nominati da un magistrato superiore previa inquisizione, la cui esattezza tiene luogo di fidejussione (*f*). Se furono eletti tutori più individui esenti dall'obbligo della fidejussione, ognuno ha diritto di proporre agli altri, che a lui solo venga rimessa l'amministrazione, previa fidejussione, o che un altro, previa pure fidejussione, l'assuma sopra di sè (*g*). Per quanto concerne l'inventario, si rimette medesimamente talvolta l'obbligo di erigerlo (*h*), o almeno di erigerlo con tutte le formalità prescritte (*i*).

TITOLO II.

Dell'amministrazione della tutela.

§ 163.

Dell'amministrazione della tutela riguardo alla persona del pupillo.

L'obbligo del tutore rispetto la persona del pupillo consiste specialmente in ciò, ch'esso deve difenderlo da qualsiasi offesa (*a*), ed aver cura del suo mantenimento ed educazione (*b*). Trattandosi decidere dove il pupillo debba soggiornare e venire educato, e quanto e che cosa si abbia ad impiegare pel suo mantenimento, vuolsi

(*g*) fr. 9 § 5 D. I, 16 *de offic. procons.* — c. 11 C IV, 31 *de compens.*

(*h*) fr. 2 pr. D. XXVI, 6 *Qui petant. tut.* — c. 1. 4, 7 C. V, 31 *Qui petant. tutor.*

(*i*) fr. 2 § 1 D. XXVI, 6. — fr. 2 § 28 in fine D. XXXVIII, 17 *Ad Senatuscons. Tertull.* — c. 10 C. VI, 58 *de legit. hered.*

(*a*) *Inst.* I, 24 *de satisdat. tut. vel curat.* — D. XLVI, 6 *Rem. pup. vel. adot. salv. fore.* — C. 42 *De tutor. vel curat. qui satis non dedit.*

(*b*) Nov. 72, c. 8 Confr. col pr. e. c. 2, 3 ejusd. Nov.

(*c*) fr. 7 pr. D. XXVI, 7 *de adm. et peric. tut.* — c. 24 C. V, 37 *de adm. tut.* — c. 13 § 1 C. V, 51 *Arbitr. tut.*

(*d*) fr. 39 § 2, 9, fr. 40, fr. 54 § 2 D. XXVI, 7 *de admin. tut.* — Nov. 72, c. 8. Il tutore testamentario propriamente detto e quello legittimo trascurano adunque a loro rischio e pericolo l'amministrazione dal punto che riseppero la loro destinazione fr. 5 § ult. D. XXVI, 3 *de confirm. tut.*

(*e*) pr. *Inst.* 1, 24 e fr. 3 D. XXVI, 3 *de confirm. tut.*

(*f*) pr. § 4 *Inst.* I, 24. Confr. con il fr. 13 in fine D. XXVI, 5 — fr. 5 § 1 D. XXVI, 4 — fr. 5 D, XXVI, 3. - Glück *Comm.* XXIX, pag. 289-293.

(*g*) § 1 *Inst.* I, 24.

(*h*) fr. 7 pr. D. XXVI, 7. — c. 13 § 1 D. V, 51.

(*i*) c. 2 C. V, 50 *de aliment. pup. præst.* — c. 2 C. X, 34 *Quando et quibus quarta.* Intorno l'inventario da erigersi per l'assunzione della tutela confr. Glück XXX, p. 184-214.

(*a*) fr. 30 D. XXVI, 7.

(*b*) D. XXVII, 2 *Ubi pup. educ. et morari debeat.* — C. V. 49. *Ubi pup. educ. deb.* C. V. 50 *de alim. pup. praest.*

innanzi tutto aver riguardo all'ultima volontà del padre (*c*). Ma se il padre non ha determinato nulla in proposito, o se c'è un fondato motivo di scostarsi dalla sua disposizione, in tal caso incombe al magistrato di fissare il luogo e la qualità dell'educazione, secondo le circostanze delle persone, della loro condizione, del tempo e delle loro sostanze (*d*). Il pupillo resta ordinariamente in educazione presso la madre, finchè questa non si rimarita, e in questo caso passa presso ai consanguinei più prossimi (*e*). Il fissare la misura degli alimenti spetta talvolta anche ai tutori, quando cioè l'interesse del pupillo esige che si tenga nascosto lo stato del suo attivo e passivo (*f*).

§ 164.
Dell' autorità del tutore.

Il precipuo dovere del tutore consiste nell'interporre la sua autorità negli affari conchiusi dal pupillo (*auctoritatis interpositio*), supplendo così alla mancanza di valido consenso per parte di esso. E qui vuolsi innanzi tutto distinguere, se il pupillo sia o no ancora infante. Siccome un infante non può da sè solo (§ 61) conchiudere alcun negozio, così agisce in sua vece esclusivamente il tutore: che se il pupillo oltrepassò l'infanzia, egli può bensì migliorare la sua condizione, e quindi far acquisti per donazioni, e sè e le cose sue disonerare da pesi; ma perchè possa contrarre qualche obbligo è ognor necessario l'intervento del tutore, il quale intervento si può risguardare come quello che perfeziona il consenso del pupillo negli affari da questo conchiusi (*a*). Se manca un tale intervento, è bensì vincolato alla sua promessa chi contrattò col pupillo, ma non lo è questo (*b*). Non formando la volontà del pupillo e l'autorità del tutore che un solo consenso, è necessario che il tutore interponga la sua autorità tosto all'atto della conclusione dell'affare o almeno subito dopo, senzachè nel frattempo corra alcun atto intermedio (*c*), e ch'egli la interponga puramente (*d*), ed essendo personalmente presente (*e*) (*auctoritas interponi debet statim, pure, et a tutore praesente*). Da ciò nasce che il tutore non può interporre la sua autorità a proprio vantaggio, e ch'esso quindi non può comperare cose appartenenti al pupillo, che pubblicamente e in buona fede p. e. a un'asta pubblica (*f*), oppure coll'intervento del contutore (*g*). Dandosi tuttavia il caso, che il pupillo diventi debitore del tutore soltanto mediatamente, come p. e., se si devolve al pupillo l'eredità di un debitore del tutore, non fa alcun obice se questi acconsente all'adizione di una tale eredità (*h*).

Del resto è autorizzato a interporre la sua autorità non solo il tutore amministrante, ma ben anche l'onorario e il consolente (*notitia causa datus*), se a quest'ultimo non lo fu appositamente inibito (*i*).

(*c*) fr. 1 § 1, fr. 2 § 3 D. XXVII. 2. cit.
(*d*) fr. 1 § 1, fr. 2 § 2, fr. 3 fr. 5 eod.
(*e*) fr. 1 § 2 D. eod. — c. 1, 2, C. V, 49. — Nov. 22, c. 38.
(*f*) c. 2 C. V, 50.

(*a*) § 9, 10 *Inst.* III, 19 (20) *de inutil. stipul.* — fr. 32 § 2 D. XLI, 21 *De adquir. vel. am. poss.*
(*b*) pr. *Inst.* I, 21 *De act. tut.* In simili casi si suol dire: *negotium claudicat.* Confr. Brandis *Intorno la nullità assoluta e relativa* nel *Giornale pel Dir. civ. Proc.* VII, 1 p. 149.
(*c*) fr. 9 § 5 D, XXVI, 8 *De auct. tut.*
(*d*) fr. 8 D. eod.
(*e*) fr. 1 § 1, fr. 14 D. eod. — § 2 *Inst.* I, 21.
(*f*) c. 5 C. IV, 38 *De contr. emt.*
(*g*) fr. 5 pr. § 2 D. XXVI, 8 *De auct. tut.*
(*h*) fr. 1 pr. D. eod.
(*i*) fr. 49 D. XXIX, 2 *De adquir. vel. om. hered.* — fr. 14 § 16, D. XLVI, 3 *De solut.* Non si op-

§ 165.

Dell'amministrazione de' beni in genere (*a*).

Per ciò che concerne l'amministrazione delle sostanze pupillari, il tutore è tenuto in generale ad impiegarvi quella diligenza con cui egli suole amministrare le cose proprie (*b*). Nei casi seguenti però egli non risponde che della colpa lata (*culpa lata*):

1. se compra immobili pel pupillo (*c*);

2. se il denaro pupillare, che il padre diede a mutuo, incomincia, durante la tutela, a non essere più abbastanza sicurato (*d*);

3. se il tutore è stato legalmente esonerato dal rendimento dei conti (*e*).

Chi s'intrude nella tutela è responsabile per qualsiasi colpa (*f*). Quanto agli eredi dei tutori, essi non rispondono che della colpa lata dei medesimi, a meno che non fosse già stata attitata la lite contro il defunto tutore, oppure a meno che gli eredi non abbiano ritratto vantaggio dal danno del pupillo (*g*) (§ 467). L'*amministrazione* poi stessa del patrimonio pupillare abbraccia la conservazione, l'aumento, le spese e l'alienazione del medesimo; delle quali cose tutte noi tratteremo partitamente.

§ 166.

Della conservazione, aumento, spese ed alienazione del patrimonio pupillare.

Per la *conservazione* del patrimonio pupillare incombe al tutore:

1. d'invigilare premurosamente, affinchè esso non decresca o vada sperduto;

2. di riscuotere i crediti pupillari che non sono più abbastanza sicuri, o il denaro che fosse stato dato ad imprestito senza interessi (*a*): il tutore è responsabile se i crediti non si potessero più realizzare (*b*);

3. di difendere in giudizio il pupillo contro ogni ingiusta domanda (*c*).

Rispetto all'*aumento* del patrimonio pupillare, era prescritto dalle leggi, che col denaro del pupillo si comprassero beni-fondi, o, se ciò non conveniva, che il medesimo, fosse dato a censo, sotto la comminatoria, che i tutori fossero obbligati essi medesimi, pel caso che fosse restato del denaro infruttuosamente in cassa, a pagarne nel primo anno dopo sei mesi, negli altri anni, dopo due mesi, i rispettivi interessi (*d*).

Ma secondo il Diritto romano no-

pone fr. 4 D. XXVI, 8 *De auct. et cons. tut.* Glück *Comm.* XXXIX, p. 189.

(*a*) D. XXVI, 7 *De administr. et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint, vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.* — C. V. 37 *De administratione tutorum vel curatorum* (*et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda*).

(*b*) fr. 1 pr. D. XXVII, 3 *De tutel. et ration. distrah.* — fr. 53 § 3 D. XLVII, 2 *De furtis.* — fr. 86 D. eod. Non si oppongono i fr. 10, fr. 33 pr. D. XXVI, 7. Confr. Hasse *La colpa secondo il Diritto rom.*, Kiel 1815 § 61. Non ostano nemmeno c. 7 C. V, 51 *Arbitr. tut.* — fr. 57 pr. D. XXVI, 7. nè altri passi simili, secondo i quali il tutore non risponde che della colpa semplice. Hasse § 52, 53, 71.

(*c*) fr. 7 § 2 D. XXVI, 7 Hasse § 73.

(*d*) c. 2 C. V, 51 *Arbitr. tut.*

(*e*) fr. 41 D. XXVI, 7. — fr. 5 § 7 D. eod. Glück *Comm.* XXX, p. 259 269.

(*f*) fr. 53 § 3 D. XLVII, 2 *De furtis.*

(*g*) fr. 39 § 6 D. XXVI, 7 — fr. 8 § 1 D, XXVII, 7 *De fidejuss. hered. tut. et curat.* — fr. 4 D. XXVII, 8 *De magistr. conv.* — c. 1 C. V, 54 *De hered. tut. et curat.* — c. 17 C. II, 19 *De negot. gest.* Confr. Hasse § 72-75 e pag. 601-615, e Glück *Comm.* XXX. p. 269-300.

(*a*) fr. 1 § 4, fr. 46 § 7 D. XXVI, 7. — c. 18 C. V, 37.

(*b*) fr. 15 D. XXVI, 7. — fr. 44 D. eod. Confr. il § preced. nota c.

(*c*) fr. 30 D. eod. — fr. 9 § 6 D. eod.

(*d*) fr. 7 § 3 e 11, fr 13 § 1 fr. 15 D. eod. — Nov. 72, c. 6. Confr. Günther *Sulla responsabilità del tutore relativamente ai crediti appartenenti alla sostanza del pupillo* nell'*Arch. per la Prat. civ.* II, 2. n. 20 e Marezoll nello stesso *Arch.* IX, 1, n. 2.

vissimo, si deve impiegare a censo il denaro del pupillo soltanto allorchè l'educazione di questo lo esiga; bastando altrimenti di depositarlo e custodirlo gelosamente (*e*).

Quanto alle *spese*, si accordano non solo quelle necessarie, ma anche quelle che sono richieste da qualche causa legittima e decorosa del pupillo (*f*).

Quindi i tutori sono autorizzati a pagare i debiti del pupillo (*g*), e perfino a fare dei regali ai congiunti dello stesso, se la convenienza e la delicatezza lo esigano (*h*).

Ma più che in altro, l'autorità tutoria è limitata nell'*alienazione* (*alienatio*) dei beni pupillari (*i*). Per alienazione s'intende qui non solo la trasmissione in altri della proprietà (*k*), ma anche la concessione di un diritto reale, p. e. di una servitù, e la rinunzia di un diritto acquisito (*l*).

Ad eccezione pertanto dei frutti e degli oggetti superflui o non suscettibili di essere conservati (*m*), il tutore è legato in modo, rispetto alle altre cose, ch'esso non può di regola alienarne alcuna senza necessità (*n*) e senza decreto del giudice (*o*), e se lo ha fatto, il pupillo è autorizzato a rivendicarle da qualunque possessore (*p*), restituendo il prezzo ch'egli possiede (*q*). L'alienazione però diventa valida:

1. se il pupillo divenuto maggiore di età la confermò espressamente (*r*), o s'egli osservò il silenzio per cinque anni, trattandosi di atti bilaterali, o per dieci anni *inter praesentes* e venti *inter absentes*, se si tratta di una donazione ch'egli, oltrepassata già la pubertà, fece senza decreto del magistrato (*s*);

2. se il pupillo ottenne pieno risarcimento quanto all'alienazione illegale (*t*);

3. se il tutore diviene erede del pupillo, o questi di quello (*u*);

4. in fine, se il pupillo, già pubere, convalidò con giuramento l'alienazione (*v*).

Del resto, non è necessario un decreto della superiorità quando il pa-

(*e*) Nov. 72, c. 6 8 e auth. *novissime* C. V, 37 « *Si vero tutor* (c. 6 in fine) *sponte mutuare voluerit* (*pecuniam pup.*), *tunc habeat quidem duorum mensium per singulos annos inducias, hoc quod leges laxamentum vocant* (cioè se il debitore non paga gl'interessi, è obbligato a pagarli il tutore stesso due mesi dopo la scadenza d'ogni anno), *sciat autem mutui periculum omnino ad se venturum* » (cioè sappia ch'esso deve rispondere non solo degli interessi, ma anco del capitale, sia questo andato perduto per sua colpa o per caso fortuito). Marezoll nella citata *Dissertazione* spiega questo passo in altro modo; ma veggasi ciò che adduce in contrario Heppe nel *Giornale critico* di Tubinga III, p. 27-31.

(*f*) c. 3 C. V, 37.

(*g*) c. 25 C. eod.

(*h*) fr. 12 § 3, fr. 3 § 2 D. XXVI, 7.

(*i*) c. 4, 15, 17 C, 71 *De praed. et aliis reb. min.*

(*k*) fr. 1 § 4, fr. 3 § 4, 5, fr. 7 § 2, 5 D, XXVII 9 *De reb. eor.* Ma il tutore può accordare diritti personali, così p. e. esso può dare in locazione l'immobile del pupillo. Gesterding sostiene a ragione nell'*Arch. per la Prat. civ.* IV, n. 1 che un simile contratto può durare anche per un tempo posteriore a quello della tutela.

(*l*) fr. 5 § 8 D. XXVII, 9.

(*m*) c. 22 in fine, c. 28 § 5 C. V, 37. — c. 4, C. V, 72 *Quando decreto opus non est.*

(*n*) fr. 5 § 14, fr. 13, pr. D, XXVII, 9. — c. 6 in fine C. V, 71 *De praed. minor.*

(*o*) c. 6 C. V, 71

(*p*) c. 10, 14, 16, C. V, 71.

(*q*) fr. 5 § 15 D, XXVII, 9 *De reb. eor.*

(*r*) c. 1, 2 C. II, 46 *Si major factus ratum hab.*

(*s*) c. 3 C. V, 74 *Si major fact. alien. fact.* Se furono venduti illegalmente beni pupillari, una tale alienazione può venire impugnata entro 30 anni, tempo ordinario di prescrizione, decorribili dal momento che il pupillo divenne pubere, c. 3 C. VII, 39 *De praesc.* 30 *vel* 40 *annor.* Glück XXXIII, p. 78. Nella c. 3 citata si parla solo di immobili, rispetto alle cose mobili basterebbe quindi, secondo i principii generali, la prescrizione di tre anni, Buchholtz nelle sue *Dissertaz. giur.* p. 259. Da quel passo risulta nello stesso tempo, che un minorenne non può trasferire per donazione cose immobili nemmeno se autorizzato da decreto giudiziale, anzi nemmeno se è stato dichiarato maggiore. Marezoll, nell'*Archiv. per la Prat. civ.* VIII, 2, p. 280.

(*t*) fr. 10 D, XXVII, 9.

(*u*) c. 14 C. III, 32 *De rei vind.* — c. 3 C. IV, 51 *De reb. alien.* — c. 14 C. VIII, 45 *De evict.*

(*v*) c. 1 C. II, 28 *Si advers. vendit.*

dre (*x*) o il principe permise l'alienazione (*y*), o se questa diventa giuridicamente necessaria, p. e. in forza di un contratto di ricupera, o se un maggiorenne domanda la divisione di una cosa che possiede in comunità con un minorenne (*z*), o se vengono alienati effetti stati oppignorati al pupillo (*aa*).

§ 167.
Della resa dei conti.

Finita la tutela, il tutore è obbligato a rendere conto della sua amministrazione e ciò colla scorta dell'inventario, e giustificando accuratamente le spese e gl'introiti (*a*); esso deve restituire ciò che sopravanza, al che è tenuto anche quegli che fu per legato dispensato dalla resa dei conti (*b*).

TITOLO III.
Dell'estinzione della tutela.

§ 168.
Estinzione della stessa ipsojure.

La tutela cessa ipsojure:

1. relativamente alla persona del pupillo, divenendo egli pubere (*a*), morendo (*b*) o soffrendo una *capitis diminutio* qualunque (*c*);

2. relativamente alla persona del tutore, se questo muore (*d*), o va soggetto alla *diminutio capitis* massima o media (*e*), e quanto alla madre ed all'avola, passando esse a seconde nozze (*f*);

3. per volontà del testatore, verificandosi la condizione o essendo trascorso il tempo per cui il tutore fu destinato (*g*).

§ 169.
Per intervento del magistrato.

La tutela cessa per intervento del magistrato:

1. se il tutore eletto fa valere una scusa volontaria (§ 157);

2. Se viene rimosso per sospetto di cattiva amministrazione (*h*), derivi poi questa da inabilità o da mala fede (*i*).

CAPITOLO IV.
Della cura (*a*).

§ 170.
Nozione della cura.

La tutela e la cura si rassomigliano in molte cose. Così, sebbene alla cura sieno ordinariamente soggette soltanto persone già puberi, vi possono in dati casi essere soggette anche delle persone impuberi. Medesimamente, quantunque il curatore si destini principalmente all'amministrazione del patrimonio, e il tutore tanto a questo che alla difesa della persona, tuttavia riguardo a certi curandi, come p. e. ai furiosi ed altri affetti di morbo, deve il curatore innanzi tutto aver cura della loro persona. Da ciò risulta che il tutore e il curatore non differiscono, come comunemente si crede, in ciò, che il tutore si dà alla persona, e il cura-

(*x*) fr. 1 § 2, fr. 14 D. XXVII, 9. — c. 3 C. VI, 72 *Quando decreto opus non est.*
(*y*) c. 2 C. VI, 72.
(*z*) fr. 1 § 2, fr. 3 § 2, 3, fr. 5 § 4, 6, 7 D. XXVII, 9 — c. 17 C. V, 71.
(*aa*) fr. 5 § 3 D, XXVII, 9.
(*a*) fr. 111 D, XXXV, 1 *De cond. et demonstr.* — c. 2 C. III, *De judic.*
(*b*) fr. 9, fr. 20 § 1 D, XXXIV, 3 *De liber. leg.* Il fr. 31 § 2 D. eod. non si oppone. Confr. Glück XXXII, p. 189.
(*a*) pr. *Inst.* I, 22 *Quib. mod. tut. finitur.*
(*b*) § 3 *Inst.* eod.
(*c*) § 1, § 4 *Inst.* eod.
(*d*) § 3 *Inst.* eod.
(*e*) § 4 *Inst.* eod.
(*f*) Nov. 94 c. 2 in fine.
(*g*) § 2 e 5 *Inst.* eod.
(*h*) *Inst.* I, 26 *De suspect. tutor.* — D, XXVII, 10, eod. — C. V, 43 eod. Glück XXXI, p. 41-129.
(*i*) § 6 *Inst.* I, 22.
(*a*) *Inst.* I, 23 *De curat.* — D, XXVII, 10 *De curatorib. furios.* — C. V, 30 *De curat. furios.*

tore alla cosa (*b*). La differenza essenziale sta piuttosto in questo, che nella cura, è bensì spesso necessario per la validità degli atti civili del curando il consenso di chi ha in mano il potere; ma giammai un'interposizione d'autorità (*auctoritatis interpositio*) (§ 164, 172). Dal fin qui detto, sembra potersi diffinire la cura una potestà data dal magistrato sopra persone o relativamente ai loro affari, per cui ogniqualvolta si tratti di contrarre un obbligo, è necessario bensì il consenso di chi ha in mano il potere, ma non può aver luogo un'interposizione di autorità. La cura si fonda, riguardo ai minorenni, nella mancanza di età, in un difetto di mente o di corpo rispetto ai furiosi, prodighi, sordi, muti ed agli affetti di malattia cronica. Finalmente in altre cause legittime, rispetto a certe pendenze, p. e. durante un concorso, o relativamente a persone che hanno già un tutore, o si trovano sotto la patria potestà.

§ 171.
Elezione del curatore, ed esenzione della cura.

Il curatore viene, giusta il Gius novissimo (*a*), eletto con decreto del magistrato, il quale deve ognora aver riguardo alla volontà testamentaria del padre o della madre (*b*). La nomina del curatore spetta a quei medesimi magistrati ch'eleggono il tutore (*c*). Ad assumere la cura è abile chiunque può venir deputato tutore, colla ristrettiva, che il marito non può divenir curatore di sua moglie minorenne (*d*), e che non si può astringere ad accollarsi la cura di una persona chi n'ebbe già la tutela (*e*). Finalmente siccome nella cura si deve osservare quanto fu detto di sopra (§ 162) riguardo al decreto giudiziale, all'inventario, al giuramento ed alla cauzione, valgono per l'amministrazione della cura i medesimi principii che si stabilirono nei §§ 165-167, nel caso che il curatore sia deputato all'amministrazione di tutto il patrimonio di una persona, come di un furioso, di un prodigo o di un minorenne.

§ 172.
Differenti specie di cura. Cura dei minorenni.

Non si può assegnare ai minori che hanno oltrepassati gli anni della impubertà, contro lor volere, un curatore (*a*), tranne per una lite (*b*), per riscuotere un pagamento (*c*), e per rivedere i conti presentati dal tutore, finita la tutela (*d*). Non dimandando essi pertanto che si destini loro un curatore permanente, essi ne restano senza, e possono stipulare ogni negozio, ad eccezione dei sovra menzionati, ed inoltre della vendita ed oppignorazione d'immobili per cui è necessario un decreto del magistrato (§ 61 nota *m*) (*e*).

Ma anche quei minorenni che sono soggetti a un curatore, possono, sen-

(*b*) fr. 7 pr. D, XXVII, 10 e fr. 1 § 19 D, XXVII 9 *De ventr. in poss. mitt.* Confr. con fr. 1 § 1-3 D. XXVII, 2 *Ubi pup. educ.* Non si oppongono § 4 *Inst.* I, 14 *Qui test. tut.* — fr. 14 D. XXVI, 2 *De test. tut.* — fr. 20 D, XXVIII, 2 *De ritu nupt.*

(*a*) Secondo le leggi delle XII Tavole vi era la cura legittima sui furiosi e sui prodighi § 3 *Inst.* I, 23 *De curat.*

(*b*) § 1 e 3 *Inst.* eod.

(*c*) § 1 *Inst.*

(*d*) c. 4, c. 17 C. V, 62 *De excus. tut.* — c. 2 C. V, 34 *Qui dare tut.*

(*e*) § 18 *Inst.* I, 25 *De excus.*

(*a*) § 2 *Inst.* I, 23 *De curat.* D'altra opinione è Glück XXXIII, p. 170.

(*b*) § 2 *Inst.* cod.

(*c*) fr. 7 § 2 D, IV, 4 *De minor.*

(*d*) c. 7 C. V, 31 *Qui petant tut.* — fr. 1 § 3 D. IV. 3.

(*e*) c. 16 C. V, 71 *De praed. et al. reb. min.* — c. 2 § 1, c. 3 C. II, 45 *De his, qui veniam.*

za il suo intervento, stringere validamente contratti (*f*), non solo rapporto alla loro persona, ma bensì anche alle loro sostanze, ad eccezione del contratto di vendita e di pegno ch'è, in ultima analisi, una vendita eventuale (*ff*), essendo necessario, a tale oggetto, il consenso del curatore, e un decreto giudiziale (*g*). Il curatore può dar tuttavia un tale assenso anche in sua assenza, p. e. per via di lettera, oppur posteriormente. Oltre i modi di estinzione comuni alla tutela, cessa la cura anche allorchè il curando diventa maggiorenne (*h*), oppure ottiene la dispensa degli anni.

§ 173.

Della cura dei furiosi, dei prodighi e di quelli che hanno qualche difetto fisico.

Secondo il Diritto novissimo, è dativa (§ 171 *a*) anche questa cura. Rapporto ai furiosi, incombe al curatore di aver cura eziandio della loro persona e salute (*a*). Quanto ai prodighi, essi non possono al pari dei minorenni soggetti a cura, contrarre degli atti di vendita senza l'assenso del curatore (*b*). Le magistrature nominano un curatore anche a quegli individui che hanno un difetto o una malattia, per cui non possono amministrare le cose proprie (*c*). La cura dei furiosi termina, subito che essi ricuperano la loro ragione; quella dei prodighi colla dichiarazione del magistrato, che hanno migliorato costumi; quella degli affetti di morbo, col cessare di questo (*d*).

§ 174.

Della cura di quelli che hanno un tutore o sono soggetti alla patria autorità.

In regola, non è necessaria la nomina di un curatore per impuberi, giacchè questi hanno già un tutore (*a*); non ostante si danno le seguenti eccezioni:

1. insorgendo una lite fra il tutore e il pupillo (*b*);
2. trattandosi di una tutela si estesa, che il tutore per sè solo non vi possa supplire (*c*);
3. facendo il tutore valere delle scuse, (*d*), o venendo accusato come sospetto (*e*);
4. non essendo esso abile, e non volendosi tuttavia allontanarlo (*f*).

In questi casi si deputa un curatore all'impubere: siccome però un curatore non può interporre la sua autorità (*g*), così ogniqualvolta una tale interposizione è necessaria, come, per modo di esempio, nell'adizione dell'eredità, fa d'uopo passare alla nomina di un tutore. Non si destina mai un tutore a chi è soggetto alla

(*f*) p. e. fr. 20 D. XXIII, 2 *De ritu nupt.*

(*ff*) fr. 101 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — fr. 43 D. XLIV, 7 *De obl. et act.* — fr. 2 § 1 D, L. 12 *De pollic.* — fr. 1 § 13, 14 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* fr. 3 § 2 D. XIV, 6 *De senatusc. Maced.* — fr. 20 § 1 D. XXXIV, 3. — c. 12 C. VI, 30 *De jur. del.*

(*g*) c. 3 C. II, 22 *De integr. rest. minor.* e il § 166 nota *m* e *n*, come altresì Marezoll nel *Giornale del Diritto civile e Proc.* II, 3, n. 12. Solo nel caso della Nov. 115, c. 3 § 3, se si tratta cioè di liberare una persona dalla prigionia, può un minorenne che abbia passato il diciottesimo anno, tanto vendere che impegnare di suo arbitrio, le sue cose mobili o immobili, s'esso è stato istituito erede dal prigioniero, o se fosse per succedergli ab intestato

(*h*) fr. 1 § ult. D. IV, 4 *De minor.* — pr. *Inst.* I, 23.

(*a*) fr. 7 pr. D. XXVII, 10 *De curat. furios.*

(*b*). fr. 1 pr., fr. 16 D. eod.

(*c*) fr. 2 D. eod.

(*d*) fr. 1 pr. D. eod.

(*a*) fr. 11 D. XXVI, 5 *De tut. et curat. dat.*

(*b*) § 3 *Inst.* I, 20 (21) *De auct. tut.*

(*c*) fr. 21 § 2 D. XXVII, 1 *De excus.* — c. 3, 5 C. V, 36 *In quibus casibus tut.*

(*d*) § 5 *Inst.* I, 23. — § 2 *Inst.* I 25, — fr. 25, fr. 16 D. XXVI, 5. — fr. 17 § 1 D. XLIX, 1 *De appell.* Confr. § 137.

(*e*) § 7 *Inst.* I. 26.

(*f*) § 5, 6 *Inst.* I, 23. — fr. 13 pr. D. XXVI, 1.

(*g*) fr. 17 § 1 D. XLIX, 1 De *appell.*

patria potestà; solo nel caso di una controversia col padre relativamente al peculio avventizio, o s'egli non possa aver cura dei figli, si costituisce a questi un curatore (*h*).

§ 175.
Cura per altre cause fondate.

Per altre cause legittime si annoverano ancora le seguenti specie di cura:

1. quella della facoltà di un debitore insolvente (*a*);
2. quella di una eredità non per anco adita (*b*);
3. quella di un nascituro (*c*);
4. quella *ex edicto Carboniano*, se si muove a un figlio impubere di un defunto causa sul suo stato (*d*);
5. quella, per ultimo, delle sostanze di un assente che non costituì in luogo alcun procuratore (*e*).

Tratteremo a suo luogo di tutte queste specie di cura.

CAPITOLO V.
Delle azioni derivanti dalla tutela e dalla cura.

§ 176.
Azioni fra il tutore e il pupillo (*a*).

Terminata la tutela (*b*), il pupillo o i suoi eredi (*c*) possono impetire il tutore o i suoi eredi (*d*) coll'azione diretta della tutela (*actio tutelaè directa*), la quale nasce da un quasi-contratto (§ 580), ed è un'azione di buona fede (*e*) (§ 111), di semplice indennizzo (§ 110), civile (§ 112) e perpetua, tendente ad indurre il tutore a soddisfare a tutti gli obblighi da lui incontrati colla sua amministrazione. Essendovi tutori, ed essendo stata divisa dal testatore stesso l'amministrazione per distretti o in altre sezioni (*f*), ciascuno è risponsabile soltanto per la parte affidatagli (*g*); se non seguì alcuna divisione, ogni contutore è tenuto a bonificare l'intiero danno, però col beneficio della divisione (*beneficium divisionis*), per cui se al termine della tutela tutti sono solventi, ciascuno non è tenuto che per la sua parte, e col beneficio dell'ordine (*beneficium excussionis et ordinis*), che consiste nel poter domandare che venga impetito prima l'autore del danno, s'è solvente e se può venir agevolmente convenuto (*h*). Nel caso che il tutore ab-

(*h*) fr. 6 § 4 D. XXVI, 1 — c. 8 § 1 C. VI, 61 *De bonis. quae liber. in pot. patr.* Nov. 117 c. 1 § 1.

(*a*) fr. 2 pr. D. XLII, 7 *De curat. bonis dand.*

(*b*) fr. 3 D. XXVII, 10 *De curat. furios.*

(*c*) fr. 8 D. XXVII, 10 — fr. 1 § 17-3 D. XXXVII, 9 *De ventre in poss. mitt.*

(*d*) fr. 5 § 1 D. XXXVII, 10 *De edict. Carbon.*

(*e*) fr. 15 pr. D. IV, 6 *Ex quib. causis minor.* — fr. 6 in fine D. XXVI, 1. — c. 3 C. VIII, 51 *De postlim.*

(*a*) D. XXVII, 3 *De tutelae et ration. distrah. et utili curat. causa actione.* — C. V, 51 *Arbitr. tut.*, 52 *De div. tut.*

(*b*) fr. 1 pr. D. eod.

(*c*) fr. 1 § 17, 23, D. XXVII, 3.

(*d*) fr. 1 § 6 D. eod. — c. 12 C. V, 51.

(*e*) § 28 *Inst.* IV. *De action.* È perciò che quest'azione si chiama anche *arbitrium tutelae.*

(*f*) fr. 3 § 6 e seg., fr. 4 D. XXVI, 7 *De administr. et peric. tut.*

(*g*) c. 2 C. V, 52 *De div tut.*

(*h*) fr. 36, fr. 39 § 11, fr. 31, fr. 55 D. XXVI. 7. — fr. 1 § 11, 12 D. XXVII, 3. — c. 2 C. V, 55 *Si tutor vel curator non gesserit.* — c. 6 C. V. 51. Si può impetire il tutore onorario solo dopo il tutore amministrante e i suoi fidejussori fr. 55 § 2 infine D. XXVI, 7. — c. 3 C. V, 52. — c. 2 C. V, 54. — c. 1 C. V 64; ma prima che si possa impetire il magistrato municipale, convien che sia stato chiamato in giudizio il tutore onorario, c. 4, c. 5 C. V, 75; a meno che il magistrato non avesse trascurato di esigere dal tutore la conveniente cauzione, e il tutore onorario fosse esente di colpa in argomento, fr. 2, 3 D. XXVII, 8 *De tutor concen.* Confr. Löhr nell'*Arch. per la Prat. civ*, XI 1, p. 7 e 8. I tutori destinati *notitiae causa* sono risponsabili al pari degli amministranti se tralasciaron di somministrare a questi il loro consiglio in oggetti, di cui avevano un'esatta cognizione: ma se essi ommisero di denunziare come sospetto il tutore amministrante per la ragione che intraprese affari importanti senza il loro consiglio, anche in tal caso essi non sono responsabili che sussidiariamente, fr. 52 § 1 D.

bia distratte somme, o trafugati altri effetti del pupillo, questi e i suoi eredi possono domandare il doppio della somma o della cosa trafugata, coll'azione *de rationibus distrahendis* (*i*), che essendo parte persecutoria della cosa, e parte penale, e quindi mista, non può venire esercitata contro gli eredi del tutore (§ 113 e 114) (*k*). Se il tutore o i suoi eredi sono insolvibili, il pupillo, onde ottenere quanto il tutore ancora gli deve (*l*), può agire contro i fidejussori (*m*) del tutore coll'azione *ex stipulatu*. I fidejussori tuttavia, impetiti prima del tutore, possono invocare il benefizio dell'ordine (*n*): essi godono anche di quello della divisione, in quanto sono fidejussori di più tutori (*o*), ma giammai se di un solo. Se i fidejussori (*p*) non sono in caso di prestar risarcimento (*q*), sono risponsabili nella stessa maniera a quelli (*nominatores*) che, chiamati essi stessi alla tutela, proposero degli altri siccome idonei (*r*), e quelli (*affimatores*) che interrogati dalla superiorità attestarono (*s*) che il tutore era idoneo (V. anche il § 246). Per ultimo, possono venir impetiti subordinatamente coll'azione utile della tutela anche quegli Ufficii subalterni (*t*) che trascurarono di far prestare sicurtà, o ne ammisero di poco buone (*u*). Al tutoee poi ed ai suoi eredi compete contro il pupillo e i di lui eredi (*v*) la così detta *actio tutelae contraria* (*x*) pel rimborso tanto delle spese sostenute col suo a vantaggio del pupillo, quanto degl'interessi (*y*), quand'anche l'utile fosse fortuitamente andato a male (*z*); come pure per essere liberato dagli obblighi assuntisi pel pupillo (*aa*).

§ 177.

Azioni provenienti dalla cura, fra il curatore e il curando.

Il curando ha l'azione *negotiorum gestorum* contro il curatore (*a*), la quale si può, a differenza dell'azione della tutela, intentare anche durante la cura (*b*). Quest'azione è diretta; quella che ha il curatore per ottenere indennizzo, è contraria.

§ 178.

Azioni provenienti da un atto del tutore o curatore, relativamente a terze persone (*a*).

Riguardo agli affari che il tutore e il curatore stipularono a nome del

XXVI. 2 *De testam. tut.* — c. 1 C. V. 38 *De admin, et peric. tut.* — Glück in *Comm.* XXIX, p. 193.

(*i*) fr. 1 § 19. e seg. D. XXVII, 3.

(*k*) fr. 1 § 22, 23 D. XXVII, 3.

(*l*) fr. 3, fr. 5 D. XXVII, 7. In questo riguardo avvi ciò di particolare, che quest'azione ha luogo sia che il contratto di fidejussione sia stato o no conchiuso in forma di una stipulazione, fr. 4 § 3 D. eod.

(*m*) D. XXVII, 7 *De fidejus. et nominat.* - C. V, 57 *De fidejuss. tut. vel curat.*

(*n*) Giacchè il diritto antico contenuto nella c. 1 C. V. 57 fu abolito colla Nov. 4, c. 1.

(*o*) fr. 6, 7. D. eod.

(*p*) fr. ult. D. XLVI, 6 *Rem. pupilli salv.*

(*q*) c. 4 C. V, 75.

(*r*) fr. 2 D. XXVII, 7.

(*s*) fr. 4 § 3 in fine D. eod.

(*t*) D. XXVII, 8. — C. V. 75 *De mag. conven.*

(*u*) fr. 1 § 6, 7, 17. — D. XXVII, 8. — fr. 2 § 5 D. L, 1 *Ad municip.* — c. 1 C. V, 42 *De tut. vel curat. qui satis non dedit.* — Confr. fr. 1 § 1 D. XXVII, 8 Glück XXXII. p. 406-435.

(*v*) D. XXVII, 4 *De contrar. tutelae vel utili actione.* — C. V, 58 *De contr. jud. tutel.* — fr. 1 § 3 D. XXVII, 4.

(*x*) fr. 3 § ult. D. eod.

(*y*) fr. 3 § 1 seg. D. eod.

(*z*) fr. 3 § 7 D. eod.

(*aa*) fr. ult. D. eod.

(*a*) fr. 4 § 3, fr. 13 D. XXVII, 3. — Non osta la c. 3 C. V, 51 Confr. Wening, T. III, lib. 4 to § 124 e Seuffert III § 513 in fine. Glück XXXII, p. 251.

(*b*) fr. 1 § 3 D. XXVII, 4. — fr. 26 D. XXVI, 7. — fr. 4 § 3 D. XXVII, 3. La c. 2 e 14 C V, 37 *De admin. tut. vel curat.* trattano dell'intiera resa di conto che si può esigere soltanto finita la cura; i frammenti delle Pandette parlan invece di singoli affari.

(*a*) D. XXVI, 9. — C. V, 39 *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel convenire possint.*

pupillo o curando, essi possono, finchè dura il loro ufficio, convenire direttamente le persone con cui contrattarono, ad essere da esse convenuti perchè le soddisfino colle sostanze pupillari. Finita la tutela o la cura, queste azioni passano da per sè (*ipso jure*) ai pupilli o a curandi, dimodochè il tutore o il curatore non possono venir più impetiti (*b*), salvo che avessero agito fraudolentemente (*c*), o accollatosi essi stessi l'obbligo di cui si tratta, o prestata sicurtà in proposito (*d*). In progresso di tempo si permise ai pupilli ed ai curandi di agire in giudizio (*e*), e di esser convenuti utilmente (*utiliter*), anche durante l'amministrazione tutoria o curatoria (*f*). Ma se il tutore o il curatore hanno dolosamente agito pei pupilli o curandi, questi ultimi non possono esser per ciò convenuti, a meno che non ne abbiano ricavato un vantaggio (*g*), o possano ricuperare il loro dal tutore o dal curatore (*h*). Ma anche in questo ultimo caso, se non vogliono intraprender liti, possono cedere al danneggiato la loro azione contro il tutore, o curatore (*i*).

§ 179.
Azioni della protutela.

Il pupillo ha l'azione diretta della protutela (*actio protutelae directa*) (*a*) contro il protutore, per costringerlo a rendere conto della sua amministrazione, e a bonificargli il danno recatogli per una colpa che starebbe a carico del tutore stesso (*b*), o a risarcirnelo intieramente, se il tutore sapeva di non avere alcun diritto d'intromettersi nella tutela (*c*). Ma anche il protutore ha l'azione contraria della protutela (*actio protutelae contraria*) contro il pupillo per indennizzazione di danni (*d*). Quest'azione somiglia interamente a quella della tutela, colla sola differenza, che può essere esercitata anche durante l'amministrazione (*e*). Il pupillo non è minimamente responsabile per un contratto, che il protutore conchiuse in di lui nome con un terzo (nel che il protutore è detto *falso tutore*, § 155 in fine), eccettuato se il magistrato lo ha ratificato (*f*). All'incontro il terzo resta obbligato al pupillo: se però egli non sapeva che agiva con un falso tutore (*g*), gli viene dal pretore accordata la restituzione in intiero (*h*), ed un'azione *in factum* da farsi valere entro un anno per ottener dal protutore il *quanti interest* (*i*).

Si può intentare l'azione *negotiorum gestorum*, collo stesso effetto dell'azione della protutela, contro chi agì da curatore mentre non l'era. Ma i terzi che conchiusero affari col falso tutore, non ottengono la restituzione in intiero, nè hanno l'azione pretoria *in factum* (*k*), ma debbono ricorrere all'azione generale di dolo (*actio doli*) per ottenere risarcimento.

(*b* c. 1 C. V, 39.
(*c*) fr. 13 § 7 D. XIX, 1 *De act. emt.*
(*d*) fr. 5 pr. D. XXVI, 9. — c. 15 e 26 C. V, 37.
(*e*) c. 2 c. 4 C. V, 39.
(*f*) fr. 7 D. XXVI, 9. — c. 1, 3 C. V, 39.
(*g*) fr. 3 D. XXVI, 9.
(*h*) fr. 1 D. eod. Da ciò emerge ch'essi non sono tenuti a cosa alcuna, se non hanno ricavato alcun utile dall'affare se il tutore o curatore sono insolventi. fr. ult. D. ult. D. XXI, 7.
(*i*) fr. 3 § 1 D. XIV, 4 *De trib. act.*
(*a*) fr. 1 pr. D XXVII, 5 *De eo qui pro tut.*
(*b*) fr. 1 pr. fr. 4 D. eod.
(*c*) fr. 53 § 3 D. XLVII, 2 *De furtis*. Confr. Neustetel nell' *Arch. per la Prat. civ.* I, n. 19.
(*d*) fr. 5 D. XXVII, 5.
(*e*) fr. 1 § 3 D. eod.
(*f*) fr. 15 D. XXVII, 6 *Quod falso tut. auct.*, Confr. fr. 14 § 1 fr. 34 § 4 D. XLVI, 3 *De solut.*
(*g*) fr. 28 D. II, 14 *De pactis*. — pr. *Inst.* I, 21.
(*h*) fr. 1 § 6, fr. 2-6 D. XXVII, 6.
(*i*) fr. 7, 8, fr. 9 pr. § 1 fr. 11 pr. § 1, 2, fr. 12 D. eod.
(*k*) fr. 11 pr. D. eod. — Neustetel nell' *Archiv. per la prat. civ.* I, n. 19 in fine.

LIBRO TERZO

DIRITTI REALI.

§ 180. *Divisione.*

Avvi un diritto reale (§ 102) o sopra cose proprie, o sopra cose altrui, ed in quest'ultimo caso o ancora in vita del loro proprietario, o dopo la sua morte. Noi abbiamo perciò i seguenti sei diritti reali: la proprietà, la locazione ereditaria (*emphyteusis*), il diritto superficiario (*superficies*), il diritto di pegno, la servitù ed il diritto ereditario (*a*). Ma siccome ogni diritto reale suppone la nozione del possesso, così dobbiamo prima trattare del possesso.

CAPITOLO I.

Del possesso (*a*).

§ 181.

Natura del possesso e sua nozione.

La parola *possesso* significa in generale la detenzione di una cosa, o sia la fisica possibilità di disporre di una cosa ad esclusione di ogni altro (*b*); ed è una pura cosa di fatto che qualcheduno abbia o non abbia questa fisica possibilità, e perciò i nostri fonti dicono con tutta ragione che il possesso è un fatto, e non un diritto (*c*).

(*a*) Questi diritti reali sono ammessi da quasi tutti i moderni, confr. Warnköning lib. II § 202, 283, 338, 347, 350. — Wening I, 2, § 1. — Seuffert I, § 119. — Mühlenbruch § 351, 386, 406, 410, 411. Intorno alle diverse opinioni degli antichi Giureconsulti circa al numero dei diritti reali, veggasi Günther § 550 e Haufmann § 76 b.

(*a*) § 4-6 *Inst.* IV. 15 *De interdictis* — D XLI, 2 *De adquir. vel. omitt. poss.* — C. VII, 32 *De adquir. vel. retin. poss.* — Donelli *Comm.* lib. V, c. 6-13. — Thibaut *Sul possesso e sulla prescrizione*, Jena 1802. - A. J. Cuperi *Observ. selectae de natur. poss. denuo edid. adject. de natura et civili poss. animadv.* A. F. J. Thibaut, Jenae 1804. - Amadeo Hufeland nelle sue *Dissertazioni: Nuova esposizione della dottrina legale del possesso*, Giessen 1815. Quegli però che trattò questa difficile materia più egregiamente di ogni altro è F. C. Savigny nella sua opera intitolata «*Il diritto del possesso*» la quale uscì prima nel 1803, poscia nel 1806, 1818, 1822 e 1827 in Giessen (vedi la *Revisione* dell'ultima fra queste edizioni nel *Giornale critico* di Tubinga IV, 3, p. 357). Confr. anche Theod. Mass. Zacharia *Nuova revisione della teoria del Diritto romano del possesso, avuto specialmente riguardo a Savigny*, Lipsia 1814. Fr. Thaden nelle sue *Ricerche generali sulla nozione del possesso* ad interdicta *dei Romani*, Amburgo 1833, tornò a sostenere che il possesso *ad interdicta* è un diritto reale. Ma noi non abbiamo mai saputo concepire, come non potendo un fatto ingiusto procacciare diritti, possano poi dei ladri, dei rapitori o dei mandatari che invece di acquistare il possesso pei loro mandanti lo trasfondon dolosamente in sè, come possano, diciamo, acquistare pel loro fatto ingiusto un diritto, e specialmente un diritto reale. Sibbene comprendiamo come con un'azione illegale possa porsi in un rapporto di fatto che abbia effetti legali (interdetti).

(*b*) fr. 1 pr. D. hujus tit. « *Possessio appellata a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* ».

(*c*) fr. 1 § 3 D. hujus tit. — fr. 19 D. IV, 6 *Ex quib caus. major.*

Ma siccome da questo fatto nascono diversi diritti, così il possesso chiamasi tuttavia in più luoghi un diritto (*d*), senza per altro ch'egli possa perciò equipararsi ad altri diritti, come p. e. alla proprietà.

Quando dunque nelle nostre fonti si parla di diritto di possesso, vi si sottintende il possesso in senso giuridico o stretto (*e*), il quale altro non è che la detenzione di una cosa colla intenzione di tenerla per sè stesso, e non per altri. Ma importa poco che in questo caso il possessore abbia o no il diritto di possedere (*jus possidendi*), poichè questo è diverso dal possesso (*f*); anzi non bisogna confondere con esso neppure i diritti del possesso (*jura possessionis*), cioè quei diritti che emanano dal possesso in senso giuridico, ed ai quali propriamente non appartengono che l'usucapione e gl'interdetti (*g*).

§ 182.
Varie divisioni del possesso, e loro effetti.

Il possesso viene principalmente diviso in naturale, in civile, ed in possesso propriamente tale.

Il possesso naturale (*possessio naturalis*) è la semplice detenzione di una cosa, che i Romani esprimevano colle seguenti parole: *tenere, naturaliter possidere, esse in possessione, corporaliter possidere*. Questa detenzione è in regola la base di ogni altro possesso (*a*). Ma quando si pone a fronte alle altre due specie di possesso, differisce da quelle in ciò, che il detentore non ha in verun modo la intenzione di tenere la cosa per sè, e ch'egli dunque possiede soltanto in nome altrui (*b*). Con questa detenzione e perciò con ogni altro possesso vanno congiunti, secondo i principii generali giuridici, i seguenti effetti legali:

1. Se il detentore di una cosa viene impetito da qualcheduno perchè la consegni, non può esso venirvi obbligato, tranne se l'attore prova di aver più diritto sulla cosa che il convenuto: in pari causa, *melior est conditio possidentis* (*c*).

2. Chi viene con violenza espulso dal possesso, o turbato nel medesimo, ha diritto di rispingere sull'istante (*ex continenti*) con forza il turbatore (*d*);

3. finalmente il detentore può esercitare il diritto di ritenzione, se qualcheduno gli è debitore in dipendenza appunto di quella cosa ch'egli detiene, e non vuol pagare il suo debito (*e*) (tranne se il detentore si fosse impadronito della cosa mediante un delitto) (*f*); poichè il proprietario che ripete una cosa dal detentore della

(*d*) p. e, fr. 49 pr. § 1 D. hujus tit. — Savigny, § 5. — Puchta nella sua *Classificazione dei Diritti* nel *Museo renano* III, 2, p. 305 nomina il Diritto di possesso un diritto sulla propria persona.

(*e*) Come nel fr. 44 pr. D. hujus tit. — fr. 2 § 38 D. LXIII, 8 *Ne quid in loco publ.* — fr. 5 § 1 D. XLVIII, 6 *Ad leg. Jul. de vi publ.* — c. 5 C. VII, 16 *De lib. caus.*

(*f*) Così p. e. il ladro è un possessore effettivo, quantunque non abbia diritto di posseder la cosa rubata.

(*g*) Wening. T. I, lib. primo § 166. Mühlembruk § 345. Confr. il paragrafo susseguente. Altri diritti sono soltanto accidentalmente congiunti al possesso. Savigny § 2-4. Confr. Rossirt *Sulla dottrina del possesso* nell'*Arch. per la Prat. civ.* VIII, 1, p. 14.

(*a*) fr. 3 § 13 D. hujus tit. — c. 2 C. hujus tit. L'eccezione si trova nella nota *m*.

(*b*) Come p. e. l'affittuale, il comodatario, ed altri, fr. 18 pr., fr. 30 § 6 D. hujus tit. — fr. 9 D. VI, 1 *De rei vind.*

(*c*) fr. 2 D. XLIII, 17 *Uti poss.* — fr. 128 pr. D. L, 17 *De reg. jur.*

(*d*) fr. 3 § 9, fr. 17 D. XLIII, 16 *De vi.* — c. 1 C. VIII, 4 *Unde vi.*

(*e*) fr. 23 § 4, fr. 48 D. VI, 1 *De rei vind.* — fr. 18 § 4 D. XIII, 6 *Commod.* — fr. 1 pr. D. XX, 1 *De pign. et hypoth.* — Confr. anche fr. 14 § 1 D. X, 3 *Communi div.*

(*f*) Seuffert I § 104, nota b.

stessa ma che non vuol rifondergli ciò che il detentore impiegò per la medesima, può venir licenziato colla *exceptio doli* (*g*).

Il possesso *propriamente tale*, ovvero il possesso *in senso giuridico* (*possessio proprie talis*), è la detenzione di una cosa colla volontà di tenerla per sè (*h*). Quanto agli effetti, esso differisce dal possesso naturale in ciò, che il possessore in senso giuridico ha diritto agl' interdetti (*i*). Se poi il possesso propriamente tale viene posto a fronte del possesso civile, appellasi nelle nostre fonti anche *possesso naturale* (*k*).

Se alla volontà di tenere la cosa per sè va congiunta anche la buona fede e un titolo legittimo (*l*), in tal caso ha luogo il possesso civile (*possessio civilis*), il quale produce il diritto all' usucapione, cioè all'acquisto della proprietà della cosa posseduta senza interruzione per tutto il tempo dalla legge prescritto (*m*). Quantunque alla espressione *essere in possesso civile* si connetta questa unica idea, tuttavia l'espressione contraria, non essere in possesso civile (*civiliter non possidere*), ha un doppio significato; poichè o vi si sottintende quel possesso che produce soltanto un diritto agli interdetti ma non all' usucapione (*n*), ovvero la pura detenzione (*o*).

Il possesso viene inoltre diviso in legittimo, ed illegittimo, in possesso di buona fede, e di mala fede. Legittimo è quel possesso (*possessio justa*) che si acquistò mediante un titolo legittimo; in caso diverso il possesso è illegittimo (*possessio injusta*), quale sarebbe specialmente il possesso acquistato con violenza, con dolo, o mediante abuso del precario (*vitia possessionis*) (*p*).

Il possesso è di buona fede (*possessio bonae fidei*), se il possessore crede di possedere o detenere con diritto; ma se egli sa di non averne diritto, il possesso è di mala fede (*possessio malae fidei*) (*q*). Ambedue queste divisioni si riferiscono tanto al possesso in senso proprio, quanto alla semplice detenzione (*r*).

Finalmente dobbiamo notare che nei nostri fonti col nome di possesso viene spesso indicata la proprietà di cose immobili (*s*), anzi pure il dirit-

(*g*) fr. 4 § 9 D. XLIV, 4 *De except. de doli mal.* Più estesamente tratta *del Diritto di ritenzione* fra gli altri de Wening I, 1 § 169.

(*h*) Confr. § 186.

(*i*) Confr. § 4-6 *Inst.* IV, 15 *De interd.* — fr. 1 § 23 D. XLIII ed il fr. 9 D. VI, 1. — fr. 10 D. XLIII, 16 e fr. 3 § 8 D. XLIII, 17.

(*k*) fr. 3 § 15 D. X, 4 *Ad exhib.* — fr. 2 § 1 D XLI, 5 *Pro hered.* — fr. 1 § 9 D. XLIII, 16. Confr. Kaufmann seconda sezione § 77. G. Thon espone e confuta nel *Museo renano* IV, 1, p. 95-141 le obbiezioni che si fanno a questa opinione di Savigny.

(*l*) Vedi § 215 V, e § 216. Nozioni affatto nuove del possesso civile e naturale si trovano nella operetta di A. Wiederhold intitolata: *Interdictum uti possidetis* e nella sua *Operis nunciatio*, Hanau 1831, ma tali nozioni sono quasi del tutto contradditorie al testo della Legge. Confr. Albert nel *Giornale universale di letteratura* di Halla 1833, n. 6.

(*m*) fr. 3 § 15 D. X, 4 *Ad exhib.* Confr. il fr. 16 D. XLI, 3 *De usurp.* — fr. 26 pr. D. XXIV, 1 *De donat. inter. vir. et uxor.* — fr. 1 § 2 D. XLI. 6 *De donato.* — fr. 1 § 9, 10 D. XLIII, 16. Siccome il meno di regola è contenuto nel più, così chi può usucapire, ha diritto anche agl' interdetti, a meno che questo diritto per qualche ragione speciale non competa ad un terzo, come nel pegno: il creditore con pegno come possessore effettivo ha diritto agl' interdetti, ma il debitore ha diritto all'usucapione, fr. 16 D XLI, 3. Vedi Kaufmann § 77 in fine.

(*n*) fr. 26 pr. D. XXIV, 1 *De donat. inter vir. et uxor.*

(*o*) fr. 7 § 1 D. X, 4 *Ad exhib.* — fr. 24 in fine D. hujus tit.

(*p*) fr. 6 pr. D. hujus tit. — fr. 1 § 28 D. XLIII, 16 *De vi.* — fr. 1 § 9, fr. 2 D. XLIII, 17 *Uti possid.* — fr. 2 § 3 D. XLIII, 26 *De precario.*

(*q*) § 35 *Inst.* II, 1 *De rer. div.* — fr. 27 D. XVIII. 1 *De contr. emt.* — fr. 38 D, XLI, 3 *De usur.* — fr. 109 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*r*) fr. 13 § 1 D. VI, 2 *De Publ. in rem. act.* — fr. 19 in fine D. XX, 4 *Qui potior in pign.* Confr. Savigny § 8.

(*s*) fr. 78 D. L, 16 *De verb. sign.* — c. 2, 6 C. V 71 *De praediis et aliis rebus.*

to reale di cui era autore e difensore il pretore (*t*).

Se qualcheduno può venir condannato a termini di legge come s'egli fosse in possesso, in tal caso suolsi chiamare finto possessore (*fictus possessor*); e ciò ha luogo s'esso cessò di possedere dolosamente, ovvero se contestò la lite come se fosse possessore (*u*).

§ 183.

Soggetto ed oggetto del possesso.

Tutti quelli che sono persone *possono possedere;* sono perciò incapaci di possedere gli schiavi (*a*) ed i prigionieri (*b*).

Nei tempi più remoti erano incapaci di possedere anche i figli di famiglia, mentre essi potevano esercitare il possesso in senso proprio soltanto in nome del padre (*c*).

Una cosa può essere posseduta insieme da molti in maniera che uno ne sia detentore, e l'altro possessore in senso proprio (*d*), ovvero in maniera che uno ne abbia il possesso in senso giuridico, e l'altro il possesso civile (*e*).

Finalmente una cosa può essere da molti indivisamente (*pro indiviso*) tanto detenuta, quanto posseduta, e ciò suolsi chiamare compossesso (*compossessio*) (*f*); ma solidariamente (*in solidum*), cioè la stessa cosa per intiero, non può essere da molti insieme nè detenuta, nè posseduta (*g*); d'onde segue che finchè dura il possesso di una cosa presso qualcheduno, esso non può essere passato in nessun altro, e che all'incontro se le leggi riconoscono un nuovo possesso, deve aver cessato l'anteriore.

Riguardo all'oggetto, si possono prendere in possesso tutte le cose corporali che sono in commercio (§ 72) (*h*). Chi comincia a possedere una università, per esempio un edifizio, la possiede come un tutto, e non nelle sue parti separate (*i*); e perciò non si può neppure impossessarsi di una parte separata di qualche cosa (*k*), tranne se questa parte forma un tutto

(*t*) p. e. la *bonorum possessio* fr. 3 § 1 D. XXXVII, 1 *De bon. poss.*

(*u*) Nel testo della legge è detto espressamente, che una tale persona non possiede, fr. 7, fr. 25 fr. 27 pr. § 3 D. VI, 1 *De rei vind.*

(*a*) fr. 30 § 3, fr. 49 § 1 D. hujus tit. (XLI, 2). — Gli schiavi possono possedere soltanto naturalmente (*naturaliter*), cioè per altri, fr. 49 D. hujus tit.

(*b*) fr. 23 § 1 D. hujus tit.

(*c*) fr. 49 § 1 D. hujus tit. — fr. 93 D. L, 17 *De reg. jur.* Diversa era la cosa rispetto al *peculium militare*, fr. 4 § 1 D. XLI. 3 *De usurp.* Secondo il Diritto nuovo, il figlio di famiglia ha il possesso effettivo del *peculium adventitium*, e il padre sebbene ne abbia l'usufrutto, n'è soltanto detentore (§ 150) invece il figlio non ha che la sola detenzione del *peculium profectitium*.

(*d*) Così abbiamo veduto nella nota antecedente, che il figlio è possessore effettivo del *peculium adventitium*, e che il padre n'è detentore.

(*e*) Confr. 16 D. XLI, 3 Confr. § 182, nota m.

(*f*) fr. 26 D. hujus tit. In parti ideali, come p. e. se Caio possiede un terzo, e Tizio due terzi di una cosa.

(*g*) fr. 3 § 5 D. hujus tit.

(*h*) fr. 3 § 17, fr. 23 § 2, fr. 30 § 1-3 D. hujus tit.

(*i*) fr. 23 pr. D. XLI, 3 *De usurp.* — fr. 2 § 6 D. XLI, *Pro emtore.* Se quindi un tutto viene diviso nelle sue parti, il possesso di queste singole parti deve incominciare di nuovo, fr. 23 § 2 D. XLI, 3 « *Si autem domus demolita est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, denuo usucapiantur, et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt* ». Si ritiene però che si posseggano le singole parti per lo stesso titolo, per cui si possedeva l'intiero, fr. 11 § 6 D. VI, 2 *De Pub. in rem. act.* — fr. 23 § 2 D. XLI, 3. Ma se taluno unisce una cosa mobile ch'ei possedeva, con un'altra cosa mobile, esso non perde il possesso della prima, almeno rispetto alla prescrizione, fr. 30 § 1 D. XLII, locchè si dica anche dell'unione di una cosa mobile con una cosa immobile, se, per usucapire la prima, manca solo un breve spazio di tempo (fr. 21 § 1 D. XIII, 5 *De pecun. const.*) Non si oppongono fr. 7 § 1 e 2 D. X, 4 *Ad exhib.* e fr. 1 § 2 D. XLVII, 3 *De tign. junct.* Di opinione divergente è Savigny in fine del § 22. Confr. su di ciò specialmente Thibaut nell'*Arch. civ.* VII, p. 79-86.

(k) fr. 25 56 D. XLI, 3.

per sè, o s'è soltanto ideale, come p. e. la metà, un terzo ec. (*l*).

§ 184.
Dell' acquisto del possesso in generale.

Siccome la nozione del possesso suppone la detenzione della cosa, e la volontà del detentore di tenerla in proprio nome, così è manifesto che per l'acquisto del possesso richiedesi un fatto ed una volontà determinata (*a*), di cui ora tratteremo, investigando se possiamo acquistare il possesso anche per mezzo di altri.

§ 185.
Della presa di possesso.

La maggior parte dei giureconsulti, specialmente i più vecchi, sostengono che una vera *presa di possesso* abbia luogo soltanto nel caso che chi desidera di possedere una cosa la piglia colle mani, se mobile, o s'introduce in essa, se immobile; in tutti gli altri casi in cui le leggi ammettono una presa di possesso, la chiamano finta (*a*).

Ma se consideriamo esattamente i frammenti che trattano di ciò, apparisce ad evidenza che i giuristi romani stabilirono una regola più generale, cioè quella che si debba considerare per presa di possesso ogni azione intrapresa da qualcheduno con animo di assoggettare al suo potere una cosa, se mediante una tale azione si acquista, secondo l'opinione generale, la capacità di disporre esclusivamente della cosa stessa.

Ma bisogna distinguere fra la presa di possesso di una cosa che prima non apparteneva ad alcuno, e quella di una cosa che viene a noi trasmessa da altri. In quest'ultimo caso dipende certamente il più dalla volontà del tradente, e perciò le leggi non richiedono neppur qui un'azione che cada tanto sotto i sensi, come nella presa di possesso unilaterale: basta che l'azione sia tale che il tradente perda per essa la capacità d'influire immediatamente sulla cosa; perciò acquistiamo già il possesso di una cosa immobile se il tradente ci mostra la cosa vicina, e ci promette di lasciarla in nostro libero possesso (*vacua possessio*) (*c*).

Il possesso poi di cose mobili si acquista non solo col toccarle o pigliarle in mano, ma ben anche

1. se esse ci vengono deposte innanzi gli occhi (*d*), ovvero;
2. se nel luogo stesso ove si custodiscono vengono consegnate le chiavi dell'edifizio o dell'armadio in cui sono racchiuse le cose da prendersi in possesso (*e*);
3. se ci vengono comunicati i documenti riferibili alla consegna di una cosa (*f*);
4. se noi cominciamo a custodire una cosa, o vi apponiamo dei segni colla intenzione che ognuno conosca e sappia che la medesima appartiene a noi (*g*).

Ma nella presa di possesso unilate-

(*l*) fr. 3 § 2, fr. 26 D. hujus tit. — fr. 32 § 2 D. XLI, 3. Si può possedere una parte di un fondo per la natura di questo, tanto separatamente (*pro diviso*) che indivisamente (*pro indiviso*); le parti delle altre cose non si possono possedere che indivisamente. Savigny § 22 in principio.

(*a*) fr. 3 § 1 D. hujus tit.

(*a*) Così la pensavano già i Glossatori. V. Savigny § 14.

(*c*) fr. 1 § 21 D. hujus tit. Questa specie di tradizione è detta comunemente *traditio longa manu*.

(*d*) fr. 18 § 2 D. hujus tit.

(*e*) § 45 *Inst.* II, 1 *De rer. divis.* — fr. 74 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 1 § 21 D. hujus tit. — fr. 9 § 6 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

(*f*) c. 1 C. VIII, 54 *De donat.* Questa tradizione si chiama ordinariamente *simbolica*.

(*g*) fr. 1 § 2, fr. 14 § 1 D. XVIII, 6 *De peric. rei vind.* — fr. 1 § 21, fr. 51 D. hujus tit.

rale non basta la sola presenza, si richiede la piena capacità d'influire sopra una cosa con esclusione di tutti gli altri, e la volontà di detenerla in proprio nome (*h*). Perciò dobbiamo

1. se si tratta di un fondo, effettivamente introdurvici (*i*).

2. Trattandosi di animali selvatici, non basta solamente il ferirli, ma dobbiamo trarli in nostro potere o vivi o morti (*k*). Non sono in nostro possesso neppure gli animali selvatici che erano in chiusi ricinti, nè i pesci nei laghi, ma soltanto allora verremo considerati come possessori dei medesimi, quando li terremo custoditi quelli in gabbie, e questi in peschiere, od in altri simili luoghi (*l*).

3. Un tesoro, benchè sappiamo ch'esso giace nascosto nel nostro fondo, non è per questo da noi posseduto, finchè non venga scavato dalla terra (*m*).

Del resto può talvolta un detentore diventar possessore mediante la sola volontà, e ciò succede s'egli conchiude un affare da cui nasce il diritto di possedere (*traditio brevi manu*) (*n*), o se la consegna di una cosa fu fatta sotto condizione; poichè finchè pende la condizione il ricevente non è solo un semplice detentore, ma diventa possessore (*o*).

(*h*) Vedi le quattro note seguenti. — Wening I, § 172.
(*i*) fr. 3 § 1 D. hujus tit. — fr. 1 § 29, fr. 3 § 7 8 D. XLIII, 16 *De vi et de vi armata*.
(*k*) § 13, 14 *Inst.* II, 1. — fr. 5 § 1, 2 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.* — fr. 55 D. eod. — *Dottrina della proprietà* di Gesterding § 14, p. 77.
(*l*) fr. 3 § 14, D. hujus tit.
(*m*) fr. 3 § 3, fr. 44 pr. D. hujus tit. — fr. 51 D. X, 4 *Ad exhib.*
(*n*) Come per esempio se un inquilino compra la casa locatagli, § 44 *Inst.* II, *De rer. divis.* — fr. 9 § 12 D. VI, 2 *De pub. act.* — fr. 3 § 3 D. hujus tit.
(*o*) fr. 38 § 1 D. hujus tit.

§ 186.

Della volontà di possedere.

In che cosa consista la volontà di possedere (*animus possidendi*) è cosa molto controversa fra i giureconsulti. Secondo Savigny, a cui tennero dietro quasi tutti gli altri (*a*), consiste essa in *origine* nella volontà di tenere una cosa come propria, ed è perciò da distinguersi dalla *opinio domini*, ossia dalla persuasione di qualcheduno di essere proprietario; giacchè anche i ladri ed assassini sono certamente possessori, quantunque debbano essere persuasi che la cosa rubata o rapita loro non appartenga (*b*). Ma siccome nei nostri fonti si trovano casi in cui taluno è possessore, senza ch'egli tuttavia abbia o possa avere la volontà di possedere la cosa come proprietario, così si ammette in via di eccezione un possesso così detto *derivato* (*c*), in cui taluno non vuol già avere la proprietà di una cosa, ma tuttavia più che la semplice detenzione, cioè il possesso in senso stretto col diritto agli Interdetti, come sarebbe l'*enfiteuta* (*d*), il creditore con pegno (*e*), in regola chi domanda un precario (*precario rogans*) (*f*) e

(*a*) Confr. l'ediz. latina di quest'opera § 186.
(*b*) Savigny § 9 in principio.
(*c*) Rossirt nell'*Arch. per la Prat. civ.* VIII, 1, p. 9 e 25, non trova conveniente una tale denominazione a motivo delle false deduzioni che se ne possono trarre.
(*d*) fr. 15 § 1 D. II, 8 *Qui satisdat.*
(*e*) fr. 16 D. XLI, 3 *De usurp.* Confr. col fr. 3 o 15 D. X, 4 *Ad exhib.* — fr. 35 § 1 D. XIII, 7 *De pignor. act.* — fr. 1 § 15, fr. 36, fr. 40 pr. D. hujus tit. Confr. col fr. 3 § 8 D. XLIII, 17 *Uti possid.*
(*f*) fr. 4 § 1 D. XLIII, 26 *De precar.* La ragione di questa regola si è, che la tradizione del possesso effettivo non nuoce nel *precario* a colui che la fa; poichè gli viene computato per l'usucapione il possesso di quello a cui esso consegnò la cosa, fr. 13 § 7 D. hujus tit., e per riavere il possesso della medesima se il *precario rogans* non vuole restituirgliela, la legge gli accorda l'apposito *interdictum de precario.* Quella regola

il sequestratario, se gli fu affidato il possesso colla intenzione espressa che non abbia a trascorrere il tempo della usucapione, nè pel sequestrante, nè pel suo avversario (*g*). Ma questa opinione venne recentemente impugnata (*h*), specialmente perchè questa distinzione non si trova nei nostri fonti espressamente accennata, e i romani giuristi, se parlano del possesso delle quattro nominate persone, non lo considerano mai come una eccezione della regola, o come contrario alla natura del possesso.

Sembra dunque veramente che si debba abbandonare la distinzione fra possesso primitivo e derivato, e stabilire una nozione dell'*animus possidendi* che possa essere applicata a tutti i casi. La volontà necessaria all'acquisto del possesso viene sempre chiamata nei nostri fonti *animus* assolutamente. In che cosa essa consista lo riconosciamo da ciò, che non si dà possesso se qualcheduno detiene una cosa in nome altrui (*i*); l'*animus*, nel vero possesso, consiste dunque in ciò, che qualcheduno abbia l'intenzione di tenere una cosa per sè stesso, e non per altri (*suo non alieno nomine*). A ciò si potrebbe forse opporre che anche un semplice detentore, tranne il *procurator possessionis exercendae causa*, ed il depositario, tiene la cosa per sè stesso, cioè pei suoi fini; così p. e. un conduttore ha la volontà di tenere una cosa per sè stesso, cioè pei suoi fini.

Ma la detenzione di chiunque non sia vero possessore è limitata in modo che, se egli viene turbato o scacciato, non può accampare in nome proprio alcun rimedio legale (alcuno interdetto), ma il vero possessore si è quello che se ne deve servire, oppur rilasciare per ciò al detentore la relativa procura. Siccome dunque il semplice detentore, se viene turbato nella sua detenzione, non si può servire dei mezzi legali se non che in nome altrui, così deve anche esser vero ch'egli detiene soltanto in nome altrui: ovvero siccome, se il detentore è turbato nella sua detenzione, non apparisce leso egli stesso, ma soltanto il vero possessore, così ne segue necessariamente che il semplice detentore non detenga in suo nome, ma in quello soltanto del possessore.

Gli atti giuridici coi quali si trasmette la sola detenzione, sono i seguenti:

1. il patto circa l'esercizio del possesso per un altro (*procuratio possessionis exercendae causa*) (*k*);

va soggetta ad eccezione solo nel caso di una convenzione reciproca, fr. 10 pr. § 1 D. hujus tit. o nel caso che sia stato restituito precariamente (*precario*) il pegno al debitore, fr. 36 D. hujus tit. — fr. 33 § 6 D. XLI, 3 *De usurp.*

(*g*) fr. 39 D. hujus tit. — fr. 17 § 1 D. XVI, 3 *Depositi*. Confr. § 215 nelle note. Bartels nel *Gior. pel dir. civ. e Proc.* VI, 2, p. 206 spiega diversamente il fr. § 1.

(*h*) Il primo a impugnarla fu Guyet nelle sue *Dissertazioni di Dir. civ.*, Heidelberga 1829, p. 133, il secondo Schröter nel *Giorn. pel Dir. civ. e Proc.* Giessen, T. II, fasc. 2 p. 233; e finalmente l'ultimo fu Warnköning nell'*Arch. per la pratica civ.* XIII, 2, p. 169. Guyet dice, che per *animus possidendi* si debba intendere *la volontà di mettersi per mezzo della detenzione corporale di una cosa in un dato rapporto di diritto con rispetto ad essa.* Ma stando a questa definizione converrebbe dire che anche l'usufruttuario e il superficiario ecc. abbiano l'*animus possidendi*, poichè anche questi, colla detenzione corporale, mirano ad un rapporto di diritto verso la cosa. - Schröter parte dal principio, che in ogni possesso lo *animus possidendi* altro non sia che l'*animus domini*; ma le sue ragioni non sembrano sufficienti per indurre la convinzione che anche l'*enfiteuta*, il creditore con pegno, il *precario rogans*, e il sequestratario abbiano l'*animus domini*.—A noi sembra, che la più giusta sia l'opinione di Warnköning, sebbene, a vero dire, possano farsi anche ad essa delle obbiezioni, che però non ci sembrano insuperabili. Vedi anche Bartels nel *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* VI, 2, p. 177-214.

(*i*) fr. 18 pr. D. hujus tit.

(*k*) fr. 1 § 22 D. XLIII, 16 *De vi* « *Quod procurator tenet. . . dominus creditur* possidere ».

2. la locazione (*l*);
3. il comodato (*m*);
4. la immission giudiziale nei beni altrui (*missio in possessionem*) (*n*);
5. la concessione dell'usufrutto, dell'uso dell'abitazione e del diritto superficiario (*o*);
6. il deposito (*p*) (confronta anche la nota *f* di questo paragrafo in fine).

Tutti quelli che godono l'uso della ragione possono avere la volontà di possedere; ne sono perciò esclusi i mentecatti (*q*), le persone morali (*r*) ed i fanciulli (*s*).

7. Un impubere che abbia passato gli anni della infanzia può acquistare il possesso mediante interposizione dell'autorità tutoria, ed anzi anche da sè solo, s'egli ha già intendimento abbastanza per comprendere un tale atto (*t*). Tuttavia a motivo della sua particolare utilità fu in seguito adottata la massima, che anche gl'infanti possano acquistare il possesso mediante la interposizione dell'autorità del tutore (*u*).

§ 187.
Dell' acquisto del possesso per mezzo di altri.

All'*acquisto del possesso* per mezzo di altri si richiede:

I. Un rapporto reciproco tra quello che vuole acquistare il possesso, e quello per di cui mezzo deve il possesso venir acquistato, il che ha luogo:

1. se chi deve acquistare il possesso per noi è soggetto alla nostra potestà, come i figli di famiglia e gli schiavi (*a*); ovvero,
2. se esiste il rapporto di tutela o curatela; e perciò i pupilli acquistano il possesso per mezzo del loro tutore, ed i curandi, tanto se sono persone fisiche quanto morali, per mezzo del loro curatore (*b*); ovvero,
3. se esiste un mandato; e ciò si riferisce pure egualmente a persone morali che hanno un procuratore (*c*).

II. Quegli per di cui mezzo noi vogliamo acquistare il possesso deve es-

(*l*) fr. 6 § 2 D. XLIII, 26 *De precar.* « *Colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen* non possident ».

(*m*) fr. 8 D. XIII, 6 « *Rei commodatae et* possessionem *et proprietatem retinemus* ».

(*n*) fr. 3 § 23 D. hujus tit. « *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est, nam qui creditorem in possessionem mittit, non possessionem, sed custodiam concedit* ». Ma chi è stato ammesso negli altrui beni in forza di un secondo decreto, ottiene l'effettivo possesso, fr. 7 pr. fr. 15 § 16, 17, 19 D. XXXIX, 2 *De damno infecto.*

(*o*) fr. 6 § 2 D. XLIII, 26 « *Et fructuarius et colonus . . . sunt in praedio, et tamen* non possident. » — fr. 12 pr., fr. 52 pr. D. hujus tit. Ciò che si dice dell'usufrutto, si deve dire, con tanto maggior fondamento, dell'uso e del diritto di abitazione. Per quello che concerne il diritto di superficie, il superficiario non ha l'*interdictum uti possidetis*, i nterdetto risultante dal possesso, e ch'egli quindi dovrebbe avere se fosse possessore effettivo: anzi un tale interdetto compete al proprietario del terreno, e al superficiario il pretore accordò un interdetto speciale; fr. 3 § 7 D. XLIII, 17 *Uti possidetis.* Del resto coloro a cui compete il diritto di usufrutto, di uso, di abitazione e di superficie sono quasi possessori di un tale diritto (§ 193). Alcuni per altro ritengono che anche il superficiario abbia il diritto di possesso sulla superficie; fra gli altri per es. Unterholzner *Della prescrizione* II, p. 245, e Buchholtz nei suoi *Saggi* I, p 86.

(*p*) fr. 3 § 20 D. hujus tit. (XLI, 2).

(*q*) fr. 1 § 3. fr. 18 § 1 D. hujus tit.

(*r*) fr. 1 § 22 D. hujus tit.

(*s*) Vedremo nel paragrafo susseguente come essi possan acquistar il possesso a mezzo d'altri.

(*t*) fr. 1 § 3 D. hujus tit.

(*u*) fr. 32 § 2 D. hujus tit. — c. 3 C. hujus tit. (VII, 32). Confr. Savigny § 22 e Puchta nel *Mus. ren.* V. 1, n. 3. Coerente alla natura dell'interposizione dell'autorità tutoria, quest'ultimo ritiene che sia necessario che gl'infanti, se non una volontà determinata, abbiano almeno un principio di volontà, con che restano esclusi gl' infanti nati da poco, e quelli ancora lattanti.

(*a*) fr. 1 § 5, 6 D. hujus tit. (XLI, 2).

(*b*) fr. 11 § 6 D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 1 § 20 D. hujus tit.

(*c*) fr. 41 D. XLI, 3. — c. 1 C. VII, 32. — fr. 7 § 3. D. X, 4 *Ad exhib.* — fr. 1 § 22, fr. 2 D. hujus tit.

fettuare la presa di possesso (*factum apprehensionis*) nello stesso modo come se volesse acquistarlo per sè medesimo; e deve anche avere la intenzione di acquistare il possesso non per sè ma per noi; poichè se avesse la intenzione contraria, diverrebbe possessore anch'egli medesimo (*d*). In un solo caso, ad onta di questa intenzione di acquistare il possesso per sè medesimo, diverrebbe possessore il mandante, quando cioè il tradente ha cognizione del mandato, ed intende di trasmettere il possesso non già nel procuratore, ma bensì nel di lui principale (*e*).

III. Chi vuole acquistare il possesso deve anch'esso averne la intenzione, e perciò il possesso non può venir acquistato per chi non sa nulla della cosa (*ignoranti possessio non adquiritur*) (*f*); ma non importa poi che gli sia ancora ignoto il fatto dell'acquisto medesimo (*ignoranti possessio adquiritur*) (*g*), poichè questa ultima ignoranza gli è soltanto d'impedimento per incominciare la usucapione (*h*).

Dobbiamo ancora far cenno di un caso particolare dell'acquisto di possesso per mezzo altrui (*i*); cioè può succedere che noi incominciamo a possedere in seguito al solo cambiamento di volontà di un altro; il che avviene quando taluno vuole trasmettere in noi il vero possesso di una cosa, ma ritenerne per sè la detenzione, con che noi diventiamo possessori dal momento che quegli col nostro consenso è intenzionato di esercitare il possesso per noi (*k*). Una tal convenzione si chiama dai moderni constituto possessorio (*constitutum possessorium*), la quale non viene però presunta (*l*), ma si deve, è vero, ammettere in virtù di un consenso tacito nella comunione di beni universale (*m*), ed anche nel caso che fra il proprietario o possessore presente ed il nuovo possessore abbia luogo un atto per cui il primo resti autorizzato soltanto a detenere la cosa, come p. e. se qualcheduno vende la propria casa, ma la prende nello stesso tempo a pigione, o se ne riserva l'usufrutto (*n*) (§ 186, 2).

§ 188.

Della perdita del possesso in generale.

Per conservare il *possesso* già acquistato non si richiede la continua durata di ciò che è necessario ad acquistarlo. Quindi non fa duopo che il possessore abbia continuamente la cosa in suo potere, come neppure che abbia sempre lo stesso *animus possidendi*; poichè il possesso perdesi nel solo caso che abbia luogo una condizione opposta (*a*) al suo acquisto, cioè se il possessore abbandona intieramente la volontà di possedere, ovvero se egli

(*d*) fr. 1 § 19, 20 D. hujus tit. Da ciò consegue che noi non possiamo acquistare il possesso a mezzo di persone prive dell'uso della ragione, fr. 1 § 9, 10 D. hujus tit.

(*e*) fr. 13 D. XXXIX, 5 *De donat.* Non si oppone il fr. 37 § 6 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.* poichè questo frammento parla storicamente dell'antico Diritto, Savigny § 26.

(*f*) fr. 42 § 1 D. hujus tit. S'incontrano eccezioni da questa regola, nell'aquisto del possesso.
1. a mezzo degli schiavi, fr 3 § 12, fr. 44 § 1 D. hujus tit., o dei figli di famiglia, fr. 1 § 45, fr. D. hujus tit.
2. a mezzo dei tutori o dei curatori pei pupilli e privi di mente, fr. 13 § 1 D. XLI, 1. — c. 3 C. VII, 32, fr. 2 D. hujus tit. e
3. a mezzo di procuratori per le comunità, fr. 1 § 22.

(*g*) § 5 *Inst.* II, 9 *Per quas personas nobis adquir.* — fr. 13 pr., fr. 53 D. XLI, 1.

(*h*) fr. 49 § 2 D. hujus tit. — c. 1 C. VII, 32.

(*i*) Savigny § 27.

(*k*) fr. 18 pr. D. hujus tit.

(*l*) fr. 1 § 2 D. XVIII, 6 *De peric. et commod. rei vind.*

(*m*) fr. 1 § 1, fr. 2 D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*n*) fr. 77 pr. D. VI, 1 *De rei vind.* — c. 28 c. 35 § 5 C. VIII, 54 *De donat.*

(*a*) fr. 5 § 6, 13, 17 D. hujus tit. (XLI, 2).

perde la detenzione della cosa in maniera che gli sia impossibile di disporre ulteriormente della medesima. Il possesso dunque si può perdere o fisicamente, o mediante la volontà, o contemporaneamente in ambedue i modi (*b*). Noi di questi diversi modi, con cui termina il possesso, tratteremo separatamente, notando solo ancora che, secondo i principii generali (*c*), il possesso perdesi anche quando taluno diventi incapace di possedere, ovvero la legge vieti di ulteriormente possedere la cosa.

§ 189.
Perdita del possesso per propria volontà.

Per ***propria volontà*** cessiamo di possedere nel momento che abbiamo la intenzione di abbandonare il possesso, quantunque la cosa resti forse ancora in nostro fisico potere (*a*). Questa intenzione può venir dichiarata non solo con parole, ma ben anche tacitamente con fatti, come p. e. nel costituto possessorio (§ 187 in fine), o lasciando per più anni incolto senza bisogno un fondo (*b*). Ma se taluno accampa l'azione rivendicatoria, quando avrebbe potuto servirsi dell'***interdictum uti possidetis*** (§ 194), non è da presumere ch'egli voglia con ciò rinunziare al possesso, poichè quell'azione ha luogo anche contro il detentore (*c*).

Dal fin qui detto è manifesto che quelli i quali non hanno il debito uso di ragione, come i furiosi (*d*) e gl'impuberi (*e*), non possono per propria volontà perdere il loro possesso.

§ 190.
Come si perda il possesso fisicamente (*a*).

Fisicamente ossia corporalmente (*corpore*) si perde il possesso quando cessa totalmente in qualsiasi modo la capacità fisica d'influire sopra la cosa (*b*): ciò che può avvenire in assai diverse maniere. Così perdiamo

I. il possesso di cose mobili:

1. se la cosa deperisce effettivamente (*c*), o almeno in senso giuridico, p. e. se vien posta fuori di commercio, o mediante specificazione trasformata in un'altra (*d*);
2. se qualcheduno ci toglie la cosa (*e*);
3. se noi l'abbiamo perduta in modo da non saper neppure ove sia (*f*);
4. se essa è caduta in mare od in altri luoghi inaccessibili (*g*);
5. specialmente si perde il possesso di animali domestici se si sono smarriti (*h*), di animali selvatici se si sot-

(*b*) fr. 44 § 2 D. hujus tit. Lo stesso è stabilito anche dal fr. 8 D. hujus tit. e dal fr. 153 D. L, 17 *De reg. jur.*, se ben s'intendono. Savigny al § 30 della sua opera provò, che tanto pel contesto, quanto per altri passi analoghi, la parola *utrumque* altro non significa che *alterutrum*. Confr. fr. 10 § 13 D. XXXVIII, 10 *De grad. et affin.* — fr. 16 D. *De legat.* II. — c. 8 § 5 in principio C. XI, 61 *De bonis quae lib.* Vedi anche Mackeldey § 225.

(*c*) p. e. fr. 30 § 1, 3 D. hujus tit.

(*a*) fr. 3 § 6, 17 § 1, fr. 30 § 4 D. hujus tit. (XLI, 2).

(*b*) § 7 *Inst.* II, 6 *De usucap.* — fr. 37 § 1 D. XLI, 3 *De usup.* Confr. colla c. 4 C. hujus tit. (VII, 32).

(*c*) fr. 12 § 1 D. hujus tit.

(*d*) fr. 27 D. hujus tit.

(*e*) fr. 29 D. hujus tit. Savigny § 32.

(*a*) Savigny § 31.

(*b*) Quindi è che cessa colla morte ogni sorta di possesso; poichè sebbene passino agli eredi tutti i diritti del defunto, essi non acquistano cionnostante il possesso delle cose componenti l'eredità se prima non prendano possesso della medesima, fr. 23 pr. D. hujus tit. Confr. § 299.

(*c*) fr. 30 § 3 D. hujus tit.

(*d*) fr. 30 § 4 D. hujus tit.

(*e*) fr. 15 D. hujus tit.

(*f*) fr. 3 § 13, fr. 25 pr., fr. 47 D. hujus tit. Ma se la cosa che non sappiamo trovare, è in nostro potere, perchè p. e. l'abbiamo smarrita in casa, allora non ne perdiamo già il possesso, fr. 44 pr. fr. 3 § 13 D. hujus tit.

(*g*) fr. 3 § 17 fr. 13 pr. D. hujus tit.

(*h*) fr. 3 § 13 D. hujus tit.

trassero alla custodia, (*i*), e di animali mansuefatti ossia addimesticati, se essi non ritornano più (*k*).

II. Il possesso di cose immobili si perde:

1. se un fiume pubblico occupa il loro posto (*l*);
2. se il possessore ne viene espulso per forza (*m*); ovvero,
3. s'egli abbandona il fondo per timore (*n*).

Ma per la sola circostanza che taluno durante la nostra assenza s'impadroni della nostra cosa immobile, non ne perdiamo ancora il possesso, ma soltanto allora quando veniamo in cognizione di questa presa di possesso, e la tolleriamo (*o*). Il possesso dunque di cose immobili si può conservare colla sola volontà (*p*); e da ciò risulta eziandio che i mentecatti non possono perdere per sè soli il possesso di cose immobili, nè di propria volontà, nè corporalmente, giacchè essi non sono capaci di conoscere la presa di possesso effettuata da altri (*q*).

(*i*) fr. 3 § 2, fr. 5 pr. D. XLI, 2 *De adquir. rer. dom.*

(*k*) fr. 3 § 15, 16 D. hujus tit. — fr. 4, fr. 5 § 4, 6 D. XLI, 1.

(*l*) fr. 30 § 3 D. hujus tit.

(*m*) Si può impiegare la forza se taluno c'impedisce di andare nel nostro fondo, fr. 1 § 24 D. XLIII, 16 *De vi*, o se ne veniamo espulsi colla violenza, fr. 4 § 22 D, XLI, 3 *De usurp. et usucap.* o se finalmente taluno ci lega sul nostro fondo, fr. 1 § 47 D. XLIII, 16.

(*n*) Chi fugge per paura perde bensì il possesso, ma non si può sempre dire ch'esso ne sia stato spogliato per forza usatagli, fr. 9 pr. D. IV, 2 *Quod metus causa.* — fr. 1 § 29, fr. 3 § 6, 7 D. XLIII, 16 *De vi.* — fr. 5, fr. 33 § 2 D. XLI, 3. — Savigny § 31. - Zimmern *Sull'abbandono del possesso per paura* nelle Ricerche *giuridico-romane* di Zimmern e Neustetel, Heidelberga 1821 pag. 134.

(*o*) fr. 3 § 7, 8, fr. 6 § 1, fr. 7, fr. 25 § 2, fr. 46 D. hujus tit.

(*p*) fr. 3 § 11 D. hujus tit.—fr. 1 § 25 D. XLIII 16 *De vi.* È giusto quindi l'adagio: *che non si dà presa clandestina di possesso di cose immobili.*

(*q*) fr. 27 D. hujus tit. Vedremo al § 192 come queste persone possano perdere il possesso a mezzo d'altri.

§ 191.

Come si perda il possesso corporalmente, ed insieme anche per volontà.

Corporalmente e insieme per propria volontà *si perde il possesso* quando il possessore trasferisce a qualcheduno la cosa colla intenzione che questi la possa tenere in nome proprio (*a*). Se si fa la convenzione che il possessore di prima resti ancora detentore, allora ha luogo il costituto possessorio (*b*) (§ 187 in fine). Si perde inoltre il possesso fisicamente e insieme per propria volontà quando il possessore capace di volontà abbandona la cosa.

(*a*) fr. 33, fr. 18 § 2 D. hujus tit. (XLI, 2).

(*b*) fr. 18 pr. D. hujus tit.

§ 192.

Della perdita del possesso esercitato mediante un procuratore.

Se noi *esercitiamo il possesso per mezzo di un procuratore,* possiamo bensì perderlo per nostra volontà, ma non mai per un fatto che impedisca la fisica nostra capacità di disporre della cosa posseduta (*corpore nostro*); perciò non nuoce punto se veniamo scacciati dalla cosa noi stessi, purchè non ne venga scacciato quegli di cui ci serviamo (*a*). Ma tostochè si è perso in generale il possesso, secondo i principj esposti nei paragrafi antecedenti (§ 388-192), non giova che noi lo esercitiamo per mezzo di un procuratore: noi perdiamo dunque il possesso,

(*a*) fr. 1 § 45 D. XLIII, 16 *De vi.* Non è di pregiudizio nemmeno se il nostro mandatario trasmise la sua detenzione in altri, p.e. con un contratto di comodato o di pigione, fr. 30 § 6 D. hujus tit.

se p. e. il nostro mandatario ha perduta la cosa, se gli fu tolta, se lo si espulse dal nostro fondo (*b*), se la cosa fu posta fuori di commercio ec.

Nel caso che abbiamo un procuratore per l'esercizio del nostro possesso, noi perdiamo quest'ultimo

1. se chi possedeva per noi abbia concepita la intenzione di divenire possessore egli stesso (*c*), e questa sua intenzione sia stata da lui fatta conoscere mediante un qualche fatto esterno; poichè siccome, secondo il Diritto romano, vale la regola che nessuno possa mutare il titolo del suo possesso mediante la sola sua volontà (*d*), così trattandosi di una cosa mobile richiedesi inoltre che il procuratore l'abbia rubata (*e*), e trattandosi di una cosa immobile, è necessario che la mala fede del procuratore sia pervenuta a cognizione del mediante (§ 190);

2. se il mandatario trasferì in modo legittimo ad altri la cosa, p. e. il tutore pel suo pupillo, il curatore per un furioso (§ 166);

3. se egli abbandonò la cosa, o svelò a qualcheduno che questi la potrebbe acquistare, non ne perdiamo perciò subito il possesso, ma soltanto allorchè sarà stata effettivamente presa da un altro; e da ciò segue nello stesso tempo che noi perdiamo corporalmente il possesso anche nel caso che il procuratore lo abbia dolosamente trasferito ad un terzo (*f*), ma non lo perdiamo poi in verun modo se il mandatario sia morto o divenuto furioso (*g*).

§ 193.

Quasi-possesso di diritti (*a*).

Siccome soltanto le cose corporali

(*b*) È indifferente che una tale espulsione sia giunta o no a nostra notizia, fr. 44 § 2 D. hujus tit. (XLI, 2). — fr. 1 § 22 D. XLIII. 16 *De vi*.

(*c*) Ma non si perde il possesso se il mandatario ha l'intenzione di possedere per un terzo, fr. 32 § 1 D. hujus tit.

(*d*) fr. 3 § 19, fr. 19 § 1 D. hujus tit.

(*e*) fr. 3 § 18 D. hujus tit. — fr. 1 § 2. — fr. 67 pr. D. XLVII, 2 *De furtis*. — il fr. 47 D. hujus tit. sembra essere contrario, ma in esso Papiniano non fa ch'esporre l'opposta opinione dei Pegasiani insieme al suo fondamento « *cujus rei forsitan illa ratio est* » senza però dichiarare che una tale opinione sia la vera. Savigny § 33. Ma se il nostro procuratore non ci restituisce la cosa, non già perchè voglia ritenerla per sè, ma per qualche altro motivo, in tal caso noi non ne perdiamo minimamente il possesso, fr. 20 D. hujus tit.

(*f*) fr. 40 § 1 D. hujus tit. — fr. 44 § 2 D. hujus tit — fr. 33 § 4, D. XLI, 3 *De usurp.* « *Qui pignori dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est:* si creditor possessionem ejus alii tradiderit, interpellabitur usucapio ». Anche il fr. 3 § 9 hujus tit. dà qui a che fare, se le parole *et si alii tradiderint* del testo sono corrette. Secondo Savigny § 33 B. si dovrebbe leggere *et si alii tradiderim:* esso soggiunge, che questo passo è in contraddizione coi tre primi, e che Giustiniano ha definito una tale contraddizione colla c. 12 C. hujus tit. (VII, 32) là dove dice: *Definimus, ut sive servus sive procurator . . . corporaliter nactam possessionem dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicium generetur* »; dal qual passo quel celebre scrittore trae la conseguenza, che una consegna dolosa fatta a un terzo dal procuratore, non pregiudichi al proprietario. Ma se la parola *prodiderit* significasse lo stesso che *tradiderit*, sarebbe assai difficile di poter combinare il passo « *ut locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præjudicium generetur* » con quello antecedente. Oltracciò non si può comprendere, come i Compilatori delle Pandette abbiano in più luoghi esposta in termini così precisi l'opinione opposta, se eglino, secondo lo stesso Savigny, dovevano sapere che la medesima era contraria alla decisione di Giustiniano, e se in altri simili casi non fanno che addurre, in via storica, l'antica dottrina. Finalmente la nostra opinione pare più consentanea di quella di Savigny ai principii generali sulla perdita del possesso. Più estesamente tratta di questo argomento Hufeland nella seconda parte delle sue *Dissertazioni*, Giessen, 1816 p. 168-176. Ad esso si attiene anche Wening I, pag. 180 in fine.

(*g*) fr. 60 § 1 D. XIX, 2 *Locati conducti*. — fr. 3 § 8, fr. 25 § 1, fr. 40 § 1 D. hujus tit. — fr. 31 § 3 D. XLI, 3 *De usurp. et usucap.*

(*a*) Vedi Carlo Albert *Intorno il possesso delle cose incorporali, e dei mezzi legali possessorii stabiliti per la loro salvaguardia*, Lipsia 1826.

sono suscettibili di possesso (*b*), così non si dà propriamente possesso di cose incorporali. Un'eccezione ha luogo nel diritto superficiario e nelle servitù rispetto al loro quasi-possesso (*jurium quasi-possessio*) (*c*), pel di cui acquisto è parimente necessario un fatto esterno, e la relativa volontà (*factum et animus*). Riguardo alla volontà, questa è perfettamente la stessa che nel vero possesso; ed anche il fatto esterno nel diritto superficiario (§ 232) e nelle servitù personali (§ 280) è lo stesso che nel possesso effettivo, perchè non possiamo esercitare questi diritti senza la detenzione di quelle cose a cui sono inerenti. Diversa è la cosa nelle servitù reali; ma torna più acconcio di trattare dell'acquisto e della perdita del quasi-possesso delle medesime dove tratteremo la teoria delle servitù stesse.

§ 194.

Effetti del possesso.

Interdetti per conservare il possesso (*a*).

Noi abbiamo già osservato (§ 181 nota *g*) che i diritti del possesso consistono, propriamente, soltanto negl'*interdetti* e nell'*usucapione*. Siccome di questa ultima si tratterà più sotto nella teoria dell'acquisto della proprietà, così non ci resta qui a trattare che degl'interdetti, tanto di quelli per conservare quanto di quelli per riacquistare il possesso. Degl'interdetti per conservare il possesso ci serviamo quando il nostro possesso viene con violenza turbato, ma non intieramente tolto; e ciò colla intenzione che il nostro avversario cessi dalla turbazione, e ci risarcisca del danno cagionatoci. Per violenza s'intende qui in generale tutto ciò che un altro fece contro la nostra volontà, sia ch'egli ci abbia solamente impediti nell'uso della cosa nostra, sia che abbia fatto qualche cosa che il solo possessore (*b*) può fare.

Questi interdetti sono *uti possidetis* (*c*) ed *utrubi* (*d*); il primo circa cose immobili, ed il secondo circa cose mobili (*e*).

Essi si chiamano doppi (*duplicia*), perchè nei medesimi la situazione d'ambe le parti litiganti è eguale, e nessuno è attore o convenuto a preferenza dell'altro; ma ognuno è in certo modo l'uno e l'altro insieme (*f*).

Che il possesso relativamente ad altri sia legittimo od illegittimo, non importa (*g*); ma se fu l'attore che cominciò a possedere nascostamente, per forza o precariamente, in rapporto al convenuto, è da condannarsi l'attore, e non il convenuto (*h*).

Passato un anno non si può più agire coll'interdetto *uti possidetis* per risarcimento di danni (*i*), tranne se il convenuto fosse diventato più ricco mediante la turbazione di possesso da lui praticata (*k*). Ma che dopo un anno

(*b*) fr. 3 pr. D. hujus tit. (XLI, 2) — fr. 4 § 27 D. XLI, 3 *De usurp.*

(*c*) fr. 10 pr. D. VIII, 5 *Si serv. vind.* fr. 23 § 2 D. IV, 6 *Ex quibus caus major.* — fr. 2 § 3 D. XLIII, 26 *De precario.* — c. 10 C. VII, 32.

(*a*) § 4 *Inst.* IV, 16 *De interdictis.* — D. XLIII, 17 *Uti possidetis* — C. VIII, 6 *Uti possid.*

(*b*) fr. 1 § 5-8, fr. 20 pr. 1 D. XLIII, 24 *Quod vi aut. clam.* — fr. 73 § 2, D. L. 17 *De reg. jur.* — fr. 11 D. XLIII, 16 *De vi.*

(*c*) fr. 1 pr. D. XLIII, 17 *Uti possid.* « *Ait Praetor:* Uti *eas aedes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero* possidetis, *quominus ita possideatis, vim fieri veto* ».

(*d*) fr. 1 pr. § 1 D. XLIII, 31 *Utrubi.* « *Praetor ait:* Utrubi *hic homo, de quo agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* ».

(*e*) § 4 *Inst.* IV, 15 *De interdictis.*

(*f*) § 7 *Inst.* IV, 15 Da ciò segue, che anche l'attore può essere condannato come turbatore dell'altrui possesso.

(*g*) fr. 2 D. XLIII, 17 *Uti possidetis.*

(*h*) § 4 in fine *Inst.* IV, 15. — framm. 1 § 9 D. XLIII, 17.

(*i*) fr. 1 pr. D. XLIII, 17.

(*k*) fr. 4 D. XLIII, 1 *De interdictis.*

non si possa più venir ascoltato neppure coll'*interdictum utrubi,* non è in verun luogo dalle leggi prescritto. Per analogia possiamo servirci di questi interdetti anche per difesa del quasi-possesso dei diritti (*l*).

§ 195.
Interdetti per riacquistare il possesso (*a*).

Mediante gl'*interdetti per riacquistare il possesso* ripetiamo il possesso perduto da chi possede una cosa o per forza, o nascostamente o per abuso del precario, e perciò sono essi di tre specie.

Il primo è l'*interdictum de vi,* il quale compete a chi nel momento della praticata violenza possedeva una cosa immobile (*b*), come pure al suo erede (*c*): ed è indifferente che il possesso dell'espulso fosse legittimo o no, cosicchè, secondo il Diritto moderno, l'interdetto ha luogo anche quando l'espulso in confronto del suo avversario possedeva per violenza, nascostamente o per abuso del precario (*d*). Esso colpisce chi praticò violenza immediatamente egli stesso, ovvero mediatamente, per mezzo di altrui (*e*); l'erede è obbligato soltanto alla restituzione di ciò ch'egli acquistò (*f*), ed il successor singolare non è obbligato a nulla (*g*). Lo scopo dell'interdetto si è che venga restituito il possesso, e risarcito ogni danno cagionato coll'espulsione (*h*). Se dunque chi praticò la violenza ha perduto nuovamente il possesso, viene egli condannato a prestare all'offeso l'*id quod interest* (*i*).

Questo *interdetto* deve accamparsi entro un anno, dopo il quale non può esser proposto che per ripetere ciò di che l'avversario divenne più ricco (*k*); esso non si estingue però neppur dopo un anno nel caso che durante l'assenza del possessore sieno stati espulsi con violenza quelli per mezzo de' quali esso esercitava il possesso (*l*). Per analogia può essere applicato questo interdetto anche per riacquistare il quasi-possesso dei diritti (*m*).

Il secondo è l'*interdictum de clandestina possessione,* il quale ha luogo contro di quello che, senza nostra consaputa, s'impadronì della nostra cosa immobile (*n*). Ma secondo il Diritto nuovo, questo interdetto è fuori di uso, perchè non si dà presa di possesso di una cosa immobile senza consaputa del possessore antecedente (*o*).

Il terzo *interdetto* finalmente è quello *de precario,* col quale noi ri-

(*l*) fr. 4 D. XLIII, 17. Per la difesa di alcuni diritti sono destinati appositi interdetti, come l'interdetto *De superficiebus* (§ 233). *De itinere actuque privato, De aqua quotidiana et aestiva, De rivis, De fonte* (§ 298), *De cloacis* (§ 297 nota *b*).

(*a*) § 6 *Inst.* IV, 15 *De interdictis.* — D. XLIII, 16 *De vi.* — C. VIII, 4 *Unde vi.* e 5. *Si per vim.* — Savigny § 40-43.

(*b*) Non v'ha dubbio che originariamente un tale interdetto fu introdotto soltanto per ricuperare il possesso, fr. 1 § 3, 6, 8 D. XLIII, 16. Savigny al § 40 sostiene insieme a diversi altri che quell'interdetto venne esteso anche colle cose mobili colla c. 7 C. VIII, 4 Ma in quella costituzione non si fa che stabilir le pene di coloro che si appropriano colla violenza il possesso altrui di cose immobili od anche mobili, senza che per ciò si possa quindi dire che le leggi antecedenti siano state cangiate rapporto a quell'interdetto. Confr. Thibaut nell'*Arch. per la Prat. civ.* I, 1, p. 105-111. Se pertanto è stato estorto colla violenza a taluno il possesso di cose mobili, esso deve far uso della *condictio furtiva*, dell'*actio vi bonorum raptorum*, dell'*actio ad exhibendum*, fr. 1 § 6 D. XLIII, 16 *De vi*

(*c*) fr. 1 § 30, fr. 1 § 44 D. XLIII, 16. — fr. 1 § 1 23 D. eod.

(*d*) § 6 *Inst.* IV, 15 *De interdictis.*

(*e*) fr. 1 § 12, 15, fr. 3 § 10-12 D. XLIII, 16.

(*f*) fr. 1 § 48, fr. 3 pr., fr 9 pr. D. XLIII, 16.

(*g*) fr. 3 § 10 D. XLIII, 17 *Uti possid.*

(*h*) fr. 1 § 31 D. XLIII, 16.

(*i*) fr. 1 § 41, fr. 15 D. XLIII, 16.

(k) fr. 1 pr. D. XLIII, 16.

(*l*) c. 1 C. VIII. 5 *Si per vim.*

(*m*) fr. 3 § 15 D. XLIII, 16. Confr. § 297 n. *a*.

(*n*) fr. 7 § 5 D. X, 3 *Communi divid.*

(*o*) D. XLIII, 26 *De precario.* — C. VIII, 9 eod.

petiamo non solo il possesso della nostra cosa tanto mobile quanto immobile che un altro acquistò precariamente, e ci trattiene contro nostra volontà, ma ben anche il risarcimento insieme del danno cagionatoci (*p*).

CAPITOLO II.

Della proprietà.

TITOLO I.

Definizione e divisione della proprietà.

§ 196.

Della proprietà e dei diritti in essa contenuti in generale.

La proprietà (*dominium*) (*a*), in senso stretto (*b*), è il diritto di poter pienamente disporre di una cosa corporale (*c*), purchè non vi sia un'eccezione o per legge o per volontà del proprietario. I diritti contenuti nella proprietà possono ridursi a due classi (*d*), cioè:

I. al diritto di disporre di una cosa secondo il proprio arbitrio, e

II. a quello di escluderne tutti gli altri.

Alla I. appartiene:

1. capacità di disporre della sostanza della cosa, di trasmutarla a piacere, di consumarla o distruggerla (*e*).
2. di alienarla in tutto o in parte (*f*);
3. di percepirne i frutti ed ogni altra utilità (*g*).

Alla II. appartiene il diritto di possedere la cosa, di rivendicarla da qualsiasi terzo possessore (*h*), ed in generale di rintuzzare ogni turbazione del nostro arbitrio nell'esercizio del diritto di proprietà (*i*).

§ 197.

Della proprietà di cose immobili in particolare, e delle sue limitazioni.

Molto estesa è la proprietà di un fondo, poichè per essa non solo ci appartiene la sua superficie, e ciò che vi è sopra, ma ben anche ciò che è sotto di essa (*a*), p. e. le pietre e i metalli, come pure la colonna d'aria sopra il fondo (*b*).

Tuttavia la proprietà di cose immobili per riguardi di equità verso i confinanti fu limitata dalla legge in varii modi (*c*), dovendo il proprietario talvolta relativamente alla cosa propria:

I. soffrire;

II. tralasciar qualche cosa.

(*p*) fr. 2 pr. § 1, 2, fr. 4 pr., fr. 8 § 3, 4, 6, 8; fr. 15 pr. D. XLIII, 26 — c. 2 C. VIII, 9. Quest' interdetto si può istituire anche trascorso un anno fr. 8 § 7 D. XLIII, 26.

(*a*) F. G. Gesterding *La dottrina della proprietà*, Greiswalde 1817. Anche C. T. Pütter nella sua *Dottrina della proprietà secondo il diritto germanico*, Berlino 1831, si riferisce nella seconda sezione al Diritto romano.

(*b*) In senso lato si chiama *dominium* ogni diritto reale, fr. 3 D. VII, 6 *Si ususfructus pet.* — fr. 48 pr. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — fr. 8 pr. D. XLII, 5 *De rebus auct. jud.*

(*c*) Non si dà proprietà di cose incorporali; si ammette però ch'esse trovinsi nella sostanza (*in bonis*) del loro *quasi-possessore*, fr. 49 D. L, 16 *De verb. signif.*

(*d*) Löhr nel *Magazz. per la Giurisprudenza e la Legislazione* T. III, pag. 485, non ammette la divisione in diritto di disposizione e in quello di uso.

(*e*) fr. 25 § 11 D. V, 3 *De hered. pet.* Confr. col fr. 52 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — c. 2, 6, 7 C. VIII, 10 *De aedif. priv.*

(*f*) c. 1 C. V, 23 *De fundo dotali.* — c. 7 C. IV, 51 *De reb. alien. non alienand.*

(*g*) fr. 1, fr. 3 § 2 D. VII, 1 *De usufruct.* — fr. 24 § 12 D. XXXIX, 3 *De damno infecto.* Perciò i moderni dicono, che nella proprietà è compreso l'usufrutto causale (*ususfructus causalis*), e nell'usufrutto l'*ususfructus formalis.*

(*h*) fr. 8, 9, 27 D. VI, 1 *De rei. vind.*

(*i*) fr. 2 § 1 D. VIII, 5 *Si servit. vindic.*

(*a*) fr. 13 § 1 D. VIII, 4 *Communia praed. tam. urb.* — fr. 7 § 13, 14 D. XXIV, 3 *Solut. matr.* Ad eccezione di un tesoro che non è d' alcuno, fr. 3 § 3 D. XLI, 2 *De atquir. vel omitt. poss.*

(*b*) fr. 14 § 1 D. VIII, 6. — fr. 44 D. XLIII, 10 *De injur.*

(*c*) C. VIII, 10 *De aedif. priv.* Dirksen *Sulle limitazioni legali della proprietà secondo il Dir. rom.* nel *Giornale per la Giurisprudenza storica* II, n. 16.

Al I. punto appartengono le seguenti limitazioni:

1. Il proprietario deve troncare l'albero che sporge sopra l'altrui edifizio; in caso diverso è permesso al proprietario dell'edifizio di abbattere l'albero e di tenerne per sè la legna (*d*): ma se l'albero sporge sopra un altrui fondo, esso deve tagliarne i rami fino all'altezza di 15 piedi da terra; in caso diverso, è permesso di ciò fare al confinante e di tenerne la legna per sè (*e*).

2. Il proprietario del fondo deve permettere al confinante di raccogliere entro il giorno susseguente i frutti che dall'albero del medesimo caddero sul di lui fondo; e s'egli non volesse ciò permettere, ha luogo contro di lui l'*interdictum de glande legenda* (*f*).

3. deve egli permettere che l'acqua piovana la quale si scarica naturalmente da un fondo più alto, scorra sopra il proprio fondo; anzi egli deve permettere anche la erezione di un'opera, a lui non dannosa, p. e. di un riparo, se l'impeto dell'acqua non può altrimenti essere frenato (*g*);

4. esso è tenuto a lasciar costruire sul proprio fondo una pubblica strada, se la prima fu per innondazione, od in altra guisa distrutta (*h*); e deve anche permettere il passaggio pei proprii campi a chi non avrebbe altrimenti accesso alla cosa propria (*i*);

5. dev'egli concedere che altri scavino pietre e metalli sotto la superficie del suo terreno, purchè non ne vengano scosse le fondamenta de' suoi edificii, e ne venga pagato il decimo al proprietario, e un decimo al fisco (*k*);

6. finalmente, dev'esso permettere che, se caddero sul suo fondo cose altrui, le possa il proprietario raccogliere; tuttavia può esercitare il diritto di ritenzione, se per la loro caduta sofferse qualche danno (*l*).

Al II. appartengono le seguenti limitazioni:

1. egli non può demolire la propria casa per venderne il materiale, nè in generale può a tal uopo venderla; affinchè non vengano le città sfigurate dalle ruine (*m*).

2. esso non può erigere alcun'o-

(*d*) fr. 1 pr. § 6 § 9 D. XLIII, 27 *De arb. caed.*

(*e*) fr. 1 § 7, 8, fr. 2 D. XLIII, 27. A quest'oggetto avvi l'interdetto *De arboribus caedendis*, fr. 1 pr. § 1 D XLIII, 27. — Koch nel *Magazzino* di Grolman e Löhr IV, n. XVIII. Confronta anche Guyet nell *Arch. per la Prat. civ.* XVII, 1, pag. 31-41.

(*f*) D. LIII, 28 *De glande legenda* pr. « *Ait Praetor, glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi* tertio quoque, die *legere, auferre liceat, vim fieri, veto* ». § 1. « *Glandis nomine omnes fructus continentur* ». La maggior parte degl'interpreti sono d'avviso che le parole *tertio quoque die* significhino, essere solo permesso di raccogliere le frutta cadute entro tre giorni, e che più tardi abbia luogo la prescrizione. Ma la voce *quoque* è il sesto caso del pronome *quisque*, e perciò la spiegazione da noi nel paragrafo adottata è affatto naturale. Confr. Thibaut nell'*Arch. per la Prat. civ.* I, p. 116-119. — *Giornale* di Rosshirt I, p. 117. — Guyet nell'*Archiv. per la Prat. civ.* XVII, 1, p. 64, ha tentato di provare che per *tertio quoque die* si debba intendere di tre in tre giorni, coll'intervallo cioè di due giorni. Ma se si riflette in che senso prendevano i Romani le espressioni *tertio Kalendas*, cioè il trenta del mese p. e. di gennaio, *tertiana febris, nudius tertius*, sembra che l'opinione adottata finora sia più consentanea alla maniera di esprimersi dei Romani. Guyet dice che non è possibile d'intendere che cosa Cicerone volesse dire, quand'esso si serve dell'espressione *tertio quoque die*. A noi pare che il sentimento di Cicerone non possa esser dubbio per chi legge attentamente le sue parole nell' *Orazione pro Murena* n. XII: *Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos per tot annos etium nunc statuere, non potuisse, utrum* diem tertium, *an* perendinum: *judicem, an arbitrum: rem, an litem dici oporteret.*

(*g*) fr. 1 § 22 § 23, fr. 2 § 5, 6 D. XXXIX, 3 *De aqua et aquae pluv. arcend.*

(*h*) fr. 14 § 1 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*i*) fr. 12 pr. D. XI, 7 *De relig.* Elvers nella *Temi*, I, 1, p. 98.

(*k*) c. 3, 6 C. XI, 6 *De metallar.*

(*l*) fr. 7 § 1, 2, fr. 9 § 2 D. XXXIX, 2 *De damno infecto.*

(*m*) fr. 49 D. XXXIX, 2 eod.

pera per cui venga mutato il corso dell'acqua, e cagionato perciò del danno al fondo vicino (*n*).

3. egli non può erigere presso l'aja del vicino alcuna fabbrica in guisa che ne venga impedito il corso dell'aria, e perciò la separazione della paglia dal grano (*o*);

4. non è permesso neppure di far delle piantagioni, o di fabbricare innanzi un fondo od un edifizio altrui, senza lasciare l'intervallo dalla legge prescritto (*p*); finalmente egli non può scavare fosse tanto profonde che ne possano restar pregiudicati degli edificii vicini (*q*).

§ 198.
Restrizioni del diritto di alienare.

Il diritto di alienare la sua proprietà può essere limitato da una legge, da una disposizione giudiziale, da un atto di ultima volontà, o da un contratto (§ 196 in principio). Come ciò possa avvenire fu già spiegato più sopra, o verrà spiegato in seguito (*a*).

Qui si domanda solamente qual effetto abbia una alienazione fatta dal proprietario in onta ad una limitazione o divieto?

L'alienazione di una cosa proibita dalla legge (*b*), da una giudiziale disposizione (*c*) o da un testamento (*d*), è nulla; cosicchè la cosa puossi rivendicare da qualunque possessore: e sono senza effetto tutti i diritti reali concessi ad altri sopra la medesima.

Ma chi alienò la casa non la può rivendicare, poichè nessuno può impugnare il fatto *proprio* (*e*); tranne se l'alienazione è proibita in favore dello stesso alienante, p. e. del pupillo. Ma se il proprietario fece con qualcheduno la convenzione di non voler alienare la cosa propria, una tal convenzione è nulla, se l'altro contraente non ha sulla cosa un diritto reale (*f*). Se in quest'ultimo caso il proprietario ruppe il contratto, ha luogo contro di lui soltanto un'azione personale per la prestazione dell'*id quod interest* (*g*). Ma se il proprietario per assicurare l'altro contraente ch'egli non alienerà la cosa sua, gli costituì un pegno sulla medesima, in tal caso la cosa alienata

(*n*) fr. 1 § 1, 2 D. XXXIX, 3 *De aqua.* — fr. 8 § 5 D. VIII, 5 *Si serv. vindic.*

(*o*) c. ult. § 1 C. III, 34 *De servit. et aqua.*

(*p*) fr. 13 D. X, 1. *Finium reg.* — c. 9, 11, 12, § 2 C. VIII, 10 *De aedif. priv.* Quale spazio di mezzo si dovesse lasciare, si raccoglie dai passi succitati.

(*q*) fr. 24 § 12 D. XXXIX, 2.

(*a*) Così p. e. abbiamo già veduto com'è limitata la facoltà d'alienare nei pupilli e nei curandi e vedremo più sotto com'essa possa venir limitata anche per atto di ultima volontà o per contratto. — Del rimanente convien notare, che qualora sia proibito di vendere una cosa, è proibito altresì di costituire qualsiasi diritto reale sulla medesima, finchè non si possa provare il contrario, c. 7, C. IV, 51 *De reb. alien. non alien.*

(*b*) § 2 *Inst.* II, 8 *Quibus alienare licet, vel non.* — fr. 16 D. XXIII, 5 *De fundo dotali.* — fram. 5 § 15 D. XXVII, 9 *De rebus eor. qui sub. tutela sunt.* — c. 15 C. V, 71 *De praed. et aliis rebus minor.*

(*c*) fr. 12 D. XLI, *De usurp.* Si osservi del resto, che il Giudice veramente non può emettere divieto d'alienare che in seguito ad una disposizione di legge, o dietro istanza dell'autorizzato, fondata sopra una legge, sopra un contratto, o sopra un atto di ultima volontà. Vedi Lauck *Quali sono gli effetti dei divieti di alienazione secondo il Dir. rom.* nel *Giornale del Dir. civ. e Proc.* V, 1, p. 1.

(*d*) fr. 88 § 14 *De legat.* II (XXXI). — c. 1, 2, C. VI, 43 *Communia de legat. et fideicomm.* Se per altro fu proibita all'erede o al legatario l'alienazione di una cosa lor propria, quegli i cui diritti vennero lesi coll'alienazione della medesima, non può che domandare indennizzazione, c. 1 C. VI, 43 cit.

(*e*) p. e. fr. 69 § 3 *De legat.* II.

(*f*) fr. 61 D. II, 14 *De pactis.* — fr. 7 § 2 D XX, 5 *De distract. pign.*

(*g*) fr. 75 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 21 § 5 D. XIX, 1 *De act. emt.* — fr. 136 § 3 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* - c. 3 C. IV, *De condict. ob caus. dator.*

si può rivendicare da ogni possessore (*h*).

§ 199.
Varie divisioni della proprietà. Proprietà quiritaria, e bonitaria. Comproprietà.

Presso gli antichi Romani non vi era che una sorte di proprietà, cioè la proprietà di quelle cose che si poteano rivendicare secondo il diritto dei Quiriti (*ex jure Quiritium*) (*a*). In seguito nacque un doppio diritto di proprietà, uno *ex jure Quiritium*, l'altro sopra quelle cose che qualcheduno avea nella sua facoltà (*in bonis*) (*b*). La differenza consisteva specialmente nel modo di acquisizione, poichè quelle cose che erano state acquistate secondo il Diritto civile, si potevano anche rivendicare *ex jure Quiritium*; laddove per quelle cose che si acquistavano secondo il Diritto delle genti, non si aveva in regola alcun'azione (*c*). Ma dopo che il Pretore accordò un'azione anche per la proprietà bonitaria, e cessò la vecchia organizzazione giudiziale, cessò anche intieramente la differenza tra queste due specie di proprietà; e perciò Giustiniano stabilì che ogni acquisizione, tanto secondo il Diritto civile, quanto secondo il Diritto delle genti, produca pieno ed egual diritto di proprietà (*d*).

Come più persone non possono possedere insieme la stessa cosa per intiero (*in solidum*), così non ne possono essere nemmeno proprietarii *in solidum* (*e*); ma se una cosa indivisa appartiene a molti in parti intellettuali (*pro indiviso*), essi si chiamano comproprietarii (*condomini*), e nessuno di loro, senza consenso degli altri, può disporre della medesima nè in tutto, nè per una parte fisica (*in pari causa melior est conditio prohibentis*) (*f*). Che uno dei comproprietarii volesse intraprendere, circa la comune proprietà, qualche cosa di necessario, non ne potrebbe dagli altri venir impedito (*g*). Inoltre ognuno di essi ha diritto di disporre della sua parte intellettuale, e di venderla (*h*); anzi se uno dei comproprietarj avesse alienata la cosa per intiero, questa alienazione avrebbe forza e validità riguardo alla di lui porzione (*i*). Del resto nissun patto è va-

(*h*) fr. 7 § 2 D. XX, 5 *De distr. pign.* — Confr. Glück *Comm.* XVI, p. 62-67.

(*a*) Gaji *Comm.* II, § 40.

(*b*) Queste due specie si chiamano dietro Teofilo *dominium quiritarium* e *bonitarium*.

(*c*) Gaji *Comm.* II, § 41. È bensì vero che parecchi modi di acquisto anche del Diritto delle Genti procuravano una proprietà piena; ma tuttavia pare che sia giusta la regola stabilita in questo paragrafo. Confr. M. S. Meyer nel *Giornal crit. per la Giurisprudenza*, Tubinga T. IV, fasc. I, 1728, *sulla Dissertazione di Unterholzner intorno le diverse specie di proprietà, e le diverse maniere delle azioni di proprietà* nel *Mus. ren.* Ann. I fasc. 1 e 2.

(*d*) c. un. C. VII, 25 *De nudo jure Quir. toll.* — c. un. C. VII, 31 *De usucap. transform.* — fr. 23 pr. D. VI, 1 *De rei vind.* Cessò quindi anche la differenza fra *res mancipii* e *non mancipii*, mentre si può acquistare piena proprietà non solo colla così detta *mancipio* e colla *solennis in jure cessio*, ma anche coi modi d'acquisto dei Diritti delle Genti. Zimmern in una *Dissertazione* piena d'acume nel *Mus. ren.* III, 3 volle provare, che *in bonis esse* non si risguardava come una specie di proprietà; ma vedi in contrario Unterholzner nello stesso *Mus. ren.* V, 1 p. 1 e la succitata c. un. C. VII, 25: « Antiquae *subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter* dominos, *apud quos* vel *nudum* ex jure Quiritium *nomen*, vel *tantum* in bonis *reperitur* ».

(*e*) fr. 5 § 15 D. XIII, 6 *Commodati.*

(*f*) fr. 28 D. X, 3 *Communi div.* — c. 1 e 2 C. IV, 52 *De comm. rer. alien.* I Romani indicano la comproprietà colle frasi: « *res, quam quis cum alio* communem *habet; res, quam plures* pro indiviso *possident* ».

(*g*) c. 4 C. VIII, 10 *De aedif. priv.*

(*h*) fr. 68 pr. D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. 13 C. III, 37 *Commun. div.*

(*i*) c. 1 C. IV, 52. È da osservare che il fisco può alienare validamente tutta la comune, e che esso è obbligato soltanto di pagare agli altri comproprietarii la loro quota in denaro, c. 2 C. IV, 52, combinata colla c. un. C. X, 4 *De vind. rer. fiscal.*

levole per estinguere il diritto di chiedere la divisione (*k*). Nei nostri fonti non si riscontrano altre divisioni della proprietà; ma siccome gli scrittori più moderni di Diritto romano trattano ancora di varie altre specie di proprietà, così ne parleremo brevemente anche noi.

§ 200.

Continuazione.

Della proprietà piena e meno piena, illimitata e limitata, revocabile ed irrevocabile, diretta ed utile, nonchè della proprietà pretoria.

Ordinariamente (poichè non tutti convengono nella sua definizione), ha luogo una proprietà meno piena (*minus plenum dominium*), quando un altro in forza di un diritto reale usa della cosa nostra; nel caso opposto la proprietà è piena (*plenum*). Se il proprietario è per qualunque siasi motivo impedito in tutto o in parte nel diritto di liberamente disporre della cosa propria, in tal caso la proprietà chiamasi limitata (*dominium limitatum*), altrimenti illimitata (*a*) (*illimitatum*). Inoltre la proprietà è irrevocabile (*irrevocabile perpetuum*), o revocabile (*revocabile, temporale*). Quando senza la volontà del proprietario, in virtù di qualche avvenimento, la sua proprietà ritorna al primo proprietario, o in forza di precedente contratto o di testamento, passa in un terzo, la proprietà allora dicesi *revocabile*; ma se non può passare ad altri senza la volontà del proprietario presente, allora è *irrevocabile*.

Se la rivocazione succede in guisa che la cosa, la quale ritorna al primo proprietario si consideri come se non avesse mai appartenuto al proprietario posteriore, suolsi allora chiamare una *revocatio ex tunc*, ed il suo effetto consiste in ciò, che la cosa puossi rivendicare da ogni possessore, e che cessano tutti i pesi di cui la caricò il proprietario posteriore (*b*). Ma se la rivocazione succede in guisa che soltanto dal momento in cui cessa il diritto del proprietario posteriore, incomincia di nuovo il diritto di proprietà dell'antecedente possessore, questa allora chiamasi *revocatio ex nunc*, ed al proprietario al quale ritorna ora la cosa, compete soltanto un'azion personale, nè cessano i pesi di cui nel frattempo fu dal proprietario posteriore caricata la cosa (*c*).

Rispetto alla domanda, se la proprietà in qualcheduno trasferita sotto una condizione risolutiva, al verificarsi di questa venga rivocata *ex nunc* ovvero *ex tunc*, bisogna distinguere: se fu trasferita a qualcheduno una cosa sotto una condizione risolutiva in guisa che la convenzione all'evenienza della condizione sia da riguardarsi come non fatta, la proprietà intendesi allora revocabile *ex tunc;* in caso diverso *ex nunc* (*d*).

Se finalmente i giureconsulti divi-

(*k*) fr. 14 § 2 D. X. 3 *Comm. div.*—fr 59 pr. D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*a*) Così p. e. è limitato del tutto il diritto di proprietà dei pupilli; ed in parte almeno veniamo limitati dalle servitù aggravanti la nostra cosa. Se la proprietà viene per qualche tempo intieramente sospesa, in tal caso suolsi chiamarla *dominium dormiens, quiescens* o *naturale*.

(*b*) Di qui il principio: *Resolute jure dantis resolvitur jus accipientis*. Se ne trovano esempi nel fr. 4 § 3 D XVIII, 2 *De in diem addict.*—fr. 3 D. XX, 6 *Quibus modis pignus vel hypoth. solv.* Confr. la *Dissertazione* veramente profonda di Müller nelle sue *Diss. civ.* I, p. 253, Giess. 1833, diretta specialmente contro Riesser nel *Giornale pel Dir. civ. e Proc.* II, 1, 2.

(*c*) fr. 3 in fine D. XX, 6. Non si può però che assai impropriamente chiamar proprietà il diritto del revocante, poichè esso non ha che un'azione personale.

(*d*) Vedi § 491 in cui si sviluppa questa materia con maggior precisione.

sero la proprietà in diretta (*dominium directum*), ed in utile (*utile*), questa divisione non dipende che da una falsa interpretazione del Diritto romano, che distingue azioni dirette ed utili (*actiones directas et utiles*), ed è affatto estranea al medesimo. Poichè ciò che s'intende per *dominium utile* (*e*) non fu mai dai Romani risguardato come vera proprietà, ma venne da loro annoverato nella classe dei diritti reali sopra una cosa altrui, come la locazione ereditaria; ovvero neppur in questa classe, come il diritto del possessore di buona fede, cui i giuristi sogliono chiamare *proprietà pretoria*, perchè il pretore accordava al possessore di buona fede l'azione rivendicatoria, come s'egli fosse un vero proprietario (§ 225).

TITOLO II.

Dell' acquisto della proprietà.

§ 201. *In generale.*

Per l'*acquisto della proprietà* si richiede:

1. una persona capace (§ 84);

2. una cosa suscettibile di essere acquistata (§ 85);

3. un modo di acquisto (*causa adquirendi*), secondo i moderni (*modus adquirendi*). Ma la distinzione che facevano i vecchi giureconsulti fra il giusto titolo, ed il modo di acquisto è totalmente estranea al Diritto romano (*a*).

La *Proprietà* si acquista soltanto nei modi espressamente ammessi nei nostri fonti. Siccome dunque secondo il Diritto nuovo fu tolta la differenza tra la *proprietà naturale* e la *civile*, ovvero *bonitaria* e *quiritaria* (§ 199), così è superfluo di distinguere modi di acquisto naturali e civili.

Nel resto noi non tratteremo qui di tutti ma soltanto dei principali modi di acquisto nell'ordine da noi adottato (*b*). Tratteremo dunque:

1. della occupazione,
2. dell'accessione,
3. della separazione e percezione dei frutti,
4. della tradizione,
5. dell' usucapione (*c*).

§ 202.
I. *Della occupazione in genere.*

Occupazione (*occupatio*) è la presa di possesso di una cosa libera colla intenzione di tenerla come propria. Vi si richiede perciò:

1. una cosa libera, cioè tale che non sia peranco mai stata proprietà di alcuno, ovvero sia stata dal proprietario nuovamente abbandonata, o

(*e*) I Glossatori, da cui una tale decisione deriva, prendevano il dominio diretto ed utile in doppio senso. Primieramente se il diritto di disporre di una cosa è diviso fra due persone in modo che una siasi riserbata una parte di un tal diritto, e l'altra, oltre di partecipare anch' essa del medesimo, goda tutti gli utili derivanti dalla cosa, in tal caso i Glossatori dicono che alla prima spetta il dominio diretto, ed alla seconda il dominio utile. In questo senso essi attribuiscon il dominio utile all'enfiteuta e il diretto al *dominus emphyteuseos*. In un altro senso chiamavano dominio diretto quello che compete a taluno direttamente (*directe*) per legge, e in forza del quale esso può domandare la cosa sua con una azione diretta. Che se taluno ha una così detta *utilis vindicatio* soltanto per una interpretazione estensiva fondata sull'equità, i Glossatori chiamavano per analogia dell'azione diretta ed utile (§ 109) dominio utile la di lui proprietà, ed in questo senso attribuivano un dominio utile non solo all'enfiteuta, ma ben anche al superficiario.

(*a*) Il che fu già da lungo tempo provato da Hugo nel *Magaz. civ.* I, p. 83-88, III, p. 86-89, IV, 2, n. 6. Confr anche Kaufmann II, § 106.

(*b*) Degli altri modi di acquisto torna più acconcio di trattarne unitamente a quelle materie colle quali stanno nel più stretto rapporto; pure ne faremo una breve enumerazione alla fine della presente dottrina.

(*c*) G. F. Känel nella sua Dissertazione *De adquirendo rerum dominio*, Lipsia 1817 accenna in quante diverse maniere gli Autori trattino di questi modi di acquisto.

finalmente sia considerata dalla legge come una *res nullius* (*a*);

2. un fatto esterno chiamato *presa di possesso* (§ 185);

3. La volontà di ritenere la cosa come propria. L'occupazione si riferisce a cose animate non meno che a cose inanimate, come pure a quelle che furone tolte a' nemici. Come specie dell'occupazione sono perciò da considerarsi la caccia, il reperimento (*inventio*), e la conquista in guerra.

§ 203. *Della caccia.*

La caccia (*venatio*) è l'occupazione di bestie selvatiche, e comprende in sè anche la pesca e la uccellagione (*a*). Essa si riferisce esclusivamente a bestie selvatiche che non sono in proprietà di nessuno (*b*), e perciò non si estende nè a quelle mansuefatte, finchè non abbiano dismessa la consuetudine di ritornare (*c*), nè alle mansuete (*d*). In che debba consistere il fatto della presa di possesso l'abbiamo già spiegato (§ 185); soltanto dobbiamo ancora aggiungere che è necessaria una nuova occupazione, se le bestie selvatiche si sottrassero alla nostra custodia, e si sono involate alla nostra vista, o se è molto difficile d'inseguirle (*e*). Ma non importa poi se l'occupazione segui sul proprio fondo, o sull'altrui (*f*); in quest'ultimo caso per altro se il proprietario del fondo non vi diede l'assenso, può aver luogo l'*actio injuriarum* (*g*).

(*a*) § 12-18, § 48 *Inst.* II, 1 *De rer. divis.*— fr. 3 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

(*a*) § 12 *Inst.* II, 1. — fr. 1 § 1 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

(*b*) fr. 3 § 14 D. XLI, 2 *De adquir. vel. am. poss.*

(*c*) fr. 5 § 5 D. XLI, 1.

(*d*) fr. 5 § 6 D. XLI, 1.

(*e*) fr. 3 § 2, fr. 5 pr. D. XLI, 1.

(*f*) fr. 3 § 1 D. XLI, 1.

(*g*) fr. 16 D. VIII, 3 *De serv. praed. rust.*— fr. 13 § ult. D. XLVII, 10 *De injuris.*

§ 204.

Della invenzione.

L'occupazione di cose inanimate chiamasi invenzione (*inventio*). In questo modo acquistiamo non solo le cose che non erano ancora proprietà d'alcuno, come p. e. pietre, gemme ed altre cose che si ritrovano sulla spiaggia del mare (*a*), ma eziandio le cose derelitte (*b*), se chi ha il diritto di alienarle rinunziò al possesso delle medesime, coll'intenzione di spogliarsi anche della loro proprietà, senza trasferirlo ad altri (*c*).

Ma se il proprietario ha perduto il possesso contro sua volontà, o vi rinunziò senza la intenzione di abbandonare la cosa, non può questa venir occupata; e perciò non si possono acquistare nel modo qui spiegato le cose perdute (*d*), o gettate in mare per alleggerire la nave (*e*).

Circa l'occupazione delle cose immobili troviamo nei nostri fonti deciso che un'isola scoperta nel mare appartiene al primo occupante (*f*).

§ 205.

Del rinvenimento di un tesoro in particolare (*a*).

Un tesoro (*thesaurus*) è una cosa mobile preziosa che fu da lungo tempo nascosta, e il di cui proprietario è ignoto (*b*). Un tesoro si acquista in

(*a*) § 18 *Inst.* II, 1. — fr. 3 D. I, 8 *De divis. rer.* Confr. W. Sell nei suoi *Saggi* I, p. 170 là dove tratta del modo, con cui chi trova una cosa acquista sovra essa diritti, e nominatamente sopra un tesoro, e quali diritti sieno.

(*b*) fr. 2 pr. D. XLI, 7 *Pro derelicto.*

(*c*) D. XLI, 7 — fr. 17 § 1 D. XLI, 2 *De adquir. vel amitt. poss.* — § 47 *Inst.* II. 1.

(*d*) fr. 43 § 4 D. XLVII, 2.

(*e*) § 48 *Inst.* II, 1. — fr. 9 § 8 D. XLI, 1.

(*f*) § 22 *Inst.* II, 1.

(*a*) F. Ortloff *Commentatio juris. rom. de thesauris*, Erlangae 1818. — Vedi Sell nei suoi *Saggi* I, n. 3 *Sul riperimento di cose contenute in oggetti mobili.*

(*b*) fr. 31 § 1 D. XLI, 1.

parte mediante occupazione, ed in parte mediante accessione (c) (§ 207), giusta i seguenti principii:

1. Se vien ritrovato un tesoro nel fondo proprio, ovvero in un luogo sacro o religioso, appartiene per intiero a chi lo ritrova (d), purchè non siasi in ciò servito di nessun'arte magica o superstiziosa (e).

2. Se esso vien ritrovato per accidente nel fondo altrui tanto privato che pubblico, ne appartiene la metà a chi lo ritrova per diritto di occupazione, e l'altra metà al proprietario del fondo per diritto di accessione (f); ma se fu cercato appositamente e trovato, allora appartiene per intiero al proprietario del fondo (g).

§ 206.
Della conquista in guerra.

In tempo di guerra le cose del nemico si ritengono per *res nullius*, e perciò si acquistano mediante occupazione nel momento che vengono tolte al nemico (a).

Le cose immobili appartengono al fisco (b), le mobili a chi le occupò, ad eccezione di quelle che vennero pigliate per comando del generale, poichè anche queste spettano al fisco (c).

All'incontro i Romani perdono anch'essi egualmente la proprietà di ciò che loro toglie il nemico (d); tuttavia la proprietà di cose immobili ritorna al possessore di prima, tostochè i nemici vengono dalle medesime scacciati (e); ma fra le cose mobili non sone nei fonti indicate che le navi da guerra ed i cavalli militari, per tali che dopo la riconquista debbano tornare ai primi proprietari (f).

§ 207.
II. *Dell'accessione.*

L'acquisto della proprietà mediante *accessione* ha luogo quando dalla cosa propria nasce o vi si congiunge qualche cosa in guisa che forma una parte della medesima; e perciò l'accessione (*accessio*) si può considerare come un aumento della proprietà mediante l'estensione della cosa propria (a).

I giureconsulti antichi distinguevano una accessione naturale, artifiziale, e mista; ma siccome questa divisione non è fondata nei nostri fonti, ed i giuristi non s'accordano nella sua spiegazione (b), e siccome, riguardo agli effetti, non ne nasce alcuna differenza; così nello sviluppo delle varie cause che producono un'accessione seguiremo piuttosto l'ordine dei moderni (c), e tratteremo prima dei frut-

(c) § 39 *Inst.* II, 1. — fr. 31 § 1 D. XLI, 1. Sebbene un tesoro non sia un'accessione, esso tiene tuttavia qualche cosa della medesima, mentre lo si acquista perchè si aveva più precedentemente la proprietà di un'altra cosa. Sell nei suoi *Saggi* p. 179.

(d) § 39 *Inst.* II, 1. — Il fr. 3 § 10 D. XLIX, 14 sembra che vi si opponga, ma lo si può benissimo conciliare col passo anteriore, secondo Gaji II, 7.

(e) c. un. C. X, 15 *De thesauris.* Con ciò per altro il tesoro non si devolve al fisco, come ordinariamente si suppone, mentre la c. un. non lo determina. Nè giova per sostenere una tale opinione di ricorrere al principio, che nissuno possa trarre un utile da una azione illegale, mentre non è possibile di provare che la scoperta del tesoro sia effetto delle fattucchierie messe in opera, anzichè delle ricerche praticate, Fritz nelle sue *Illustr. a Wening* II, p. 320.

(f) § 30 *Inst.* II, 1. — c. un. C. X, 15. — fr. 67 D. VI, 1 *De rei. vind.* — fr. 63 D. XLI, 1.

(g) § 39 *Inst.* II, 1.

(a) fr. 5 § 7, fr. 51 § 1 D. XLI, 1. — fr. 17 *Inst.* II, 1.

(b) fr. 20 § 1 D. XLIX, 15 *De capt. et postl.*

(c) fr. 13 XLVIII, 13 *Ad leg. Jul. pecul.*

(d) fr. 19 § 3 D. XLIX, 15.

(e) fr. 20 § 1 D. XLIX, 15.

(f) fr. 2 pr. § 1-3, fr. 19 pr. § 3 D. XLIX, 15

(a) Warnkönig I, n. 219.

(b) Kaufmann § 89.

(c) Warnkönig nel luogo sopra citato. — Wening I, 2 § 54-59. — Seuffert I, § 141-147 — Anche Mackeldey § 246 fa una divisione acconcia.

ti acquisibili mediante accessione, poi delle altre accessioni delle cose immobili, e finalmente di quelle delle cose mobili.

§ 208.
Dell'accessione di ciò che nasce dalla cosa nostra.

Ciò che nasce dalla cosa nostra è subito nostro per diritto di accessione, senza che vi sia bisogno di un fatto speciale per acquistarne la proprietà (*a*); poichè siccome i frutti alla cosa congiunti formano una parte di essa (*b*), così appartengono necessariamente al proprietario della cosa, e neppur dopo la loro separazione non possono cessare di appartenergli, se per qualche giusto titolo un altro non se li approprii (*c*). Perciò il proprietario acquista:

1. i frutti prodotti da'suoi alberi, benchè sieno caduti sul fondo del vicino (§ 197);
2. le piante ed alberi che nascono sul suo fondo, senza differenza se mettano o no radici anche nel fondo del vicino (*d*); poichè soltanto quell'albero è comune il quale crebbe sul confine di più fondi in guisa che il suo corpo si estenda sopra più di un fondo (*e*):
3. i parti dei proprii animali, senza distinzione se le madri sieno state fecondate da un maschio proprio od altrui (*f*).

(*a*) § 19 *Inst.* II, 1. — fr. 25 pr. D. XXII, 1 *De usuris*.

(*b*) fr. 61 § 8 D. XLVII, 2 *De furtis*. fr. 44 D. VI 1 *De rei vind.*

(*c*) Come p. e. un conduttore, o un usufruttuario; vedi più sotto il § 212. — fram. 61 § 8 D. XLVII, 2.

(*d*) fr. 6 § 2 D. XLVII, 7 *Arbor. furtim caes.* — Confr. fr. 22 pr. D. XLIII, 24 *Quod vi aut clam.* Il § 31 *Inst.* II, 1 contiene veramente una disposizione contraria, ma siccome è un estratto meno esatto di un passo di Gajo, così esso deve cedere all'estratto più accurato contenuto nel fr. 7 § 13 D. XLI 1. Vedi il *Comm.* di Höfner § 327, n. 3.

(*e*) fr. 19 pr. D. X, 3 *Comm. divid.* — fr. 83 D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*f*) fr. 5 § 2 D. VI, 1.

§ 209.
Dell'accessione di cose immobili.

Un aumento della nostra proprietà nelle cose immobili può aver luogo mediante alluvione, mediante terreno portatovi dalla violenza del fiume, mediante un'isola sorta nel fiume, o l'alveo abbandonato di un'acqua, e mediante semine, piantagioni e fabbriche.

L'alluvione (*alluvio*) è quell'accessione di terra che viene insensibilmente gettata sul nostro campo da un'acqua corrente (*a*). Trattandosi di stagni e di laghi non si dà per ciò alluvione (*b*).

Se dall'impeto del fiume (*vi fluminis*) viene svelto d'un sol tratto un pezzo di terreno, e trasportato alla nostra riva, noi lo acquistiamo per diritto di accessione, se egli si è già unito al nostro suolo, ciò che avviene soprattutto quando gli alberi del terreno trasportato presero già radice sul nostro (*c*).

L'isola sorta in un pubblico fiume (*insula in flumine publico nata*) se è congiunta coll'alveo del fiume, appartiene a quelli che posseggono il fiume stesso (*d*). Se l'isola è sorta in mezzo

(*a*) § 20 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § 1 D. XLI, 1.

(*b*) fr. 12 pr. D. XLI, 1.

(*c*) fr. 7 § 2 D. XLI, 1. — fr. 9 § 2 D. XXXIX, 2 *De damno infecto*. Non si oppone il § 21 *Inst.* II, 1, perchè un tal paragrafo si deve interpretare in corrispondenza ai passi antecedenti.

(*d*) § 22 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § 3, fr. 29, fr 30, § 2 D. XLI, 1 — una tale accessione non abbraccia quindi:

1. le isole sorte nel mare, poichè queste sono risguardate per cose libere (§ 204 nota *f*);
2. nè quelle nate in un fiume privato, fr. 1 § 4 D. XLIII, 12 *De fium.*;
3. nè le isole natanti, poichè le medesime appartengono fra le cose pubbliche (§ 72);
4. nè quei terreni che non appartenevano al

al fiume, i proprietarii dei fondi che giacciono da ambe le parti lungo il fiume stesso, hanno esclusivamente il diritto di appropriarsi in due porzioni la detta isola, e dividersela fra loro in proporzione della lunghezza dei loro fondi. Se l'isola non sorge nel mezzo, ma nell'una o nell'altra metà del fiume, in tal caso ne hanno diritto i soli proprietarii della più vicina sponda, nella proporzione indicata (*e*). Nello stesso modo si fa la divisione se il fiume cambia il solito suo alveo (*alveus derelictus*), ed il nuovo alveo si annovera fra le cose pubbliche (*f*). Nel resto, in tutti questi casi ha luogo l'accessione soltanto allorchè i campi non sieno limitati ad una certa misura (*si agri sunt arcifinii, non vero limitati*) (*g*).

Può inoltre verificarsi l'accessione mediante semine (*satio*) e piantagioni (*plantatio*); poichè ciò che vien seminato in un fondo appartiene fino da principio al padrone di questo, o sia stato seminato il seme altrui sul nostro fondo, o viceversa il nostro seme sul fondo altrui (*h*). Se fu piantata qualche cosa sopra l'altrui fondo, appartiene al proprietario di questo dal momento che vi prese radice nel terreno (*i*). Nello stesso modo, ciò che venne fabbricato sopra un fondo appartiene immediatamente al proprietario del medesimo, sia che il padrone del fondo abbia fabbricato sul proprio terreno con materiali altrui, o viceversa il proprietario dei materiali sull'altrui terreno (*k*).

§ 210.

Dell'accessione di cose mobili.

Trattandosi di cose mobili, l'accessione succede mediante l'*adjunctio*, *specificatio*, *confusio* e *commixtio*.

Se la cosa di uno si unisce colla cosa di un altro in guisa che ambedue insieme formino un corpo solo, ciò appellasi *adjunctio*. Alcune specie di questa sono l'*adferruminatio*, *adplumbatura* (*a*), *inclusio*, *intextura*, *scriptura et pictura*. In questa specie di accessione il proprietario della cosa principale diventa sempre anche proprietario dell'accessoria, ma soltanto revocabile nel caso che le cose congiunte si possano di nuovo separare senza pregiudicare alla sostanza; poichè in questo caso al proprietario della cosa accessoria compete l'*actio ad exibendum* per la separazione, ed ottenuta questa può egli rivendicare la cosa propria (*b*). Circa la domanda quale sia la cosa principale, e quale l'accessoria, troviamo nei nostri fonti le seguenti regole:

1. se una cosa non può sussistere senza l'altra, quella che forma in certo modo la base dell'altra dee rite-

letto del fiume e che vennero innondati dall'acqua, mentre in tal caso i diritti della precedente proprietà rimangono illesi, fr. 7 § 4, fr. 30 § 2 D. XLI, 1.

(*e*) § 22 *Inst.* II, 1. — Il fr. 65 § 4 D. XLI, 1 non vi si oppone, mentre questo frammento deve spiegarsi nel modo che segue: un'isola nata in un fiume pubblico potrebbe annoverarsi fra le cose pubbliche allora soltanto che si dovessero considerare come tali anche le opere che vengono erette in un fiume pubblico. Ma siccome tali opere, pei principii di Diritto, è chiaro che non si possono enumerare fra le cose pubbliche, così non potrà essere una cosa pubblica nemmeno un'isola. Meister *Jur. rom. privatum*, Zülichaviae 1813 § 290.

(*f*) § 23 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § 5, fr. 30 § 1 D. XLI, 1 — fr. 1 § 7 D. XLIII, 12 *De flum.*

(*g*) fr. 16 D. XLI, 1. — fr. 1. — fr. 1 § 6, 7 D. XLIII, 12.

(*h*) § 22 *Inst.* II, 1. — fr. 9 pr. D. XLI, 1.

(*i*) § 31 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § ult. D. XLI, 1.

(*k*) § 29, 30 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § 10, 12 D. XLI Confr. § 211 nota *a*, *e*.

(*a*) *Adferruminatio* è propriamente la unione di metalli di eguale natura. Se i metalli sono di genere diverso dicesi *adplumbatura*.

(*b*) fr. 23 § 5 D. VI. 1 *De rei vind.* — fr. 6, fr. 7 § 1, 2 D. X, 4 *Ad exhib.*

nersi per la principale (*c*); così la scrittura è da riguardarsi come accessoria della carta (*d*); e la pittura dovrebbe cedere alla materia su cui è dipinta (*e*), se Giustiniano non avesse deciso il contrario (*f*).

2. se una cosa fu congiunta ad un'altra, per suo ornamento o compimento, quella in di cui riguardo si fece l'unione è da considerarsi come la principale (*g*), benchè l'altra sia forse più preziosa (*h*);

3. se le regole esposte non bastano per giudicar rettamente, allora si ritiene come principale quella cosa che ha una maggior estensione, od un maggior prezzo (*i*).

Se qualcheduno dà una cosa che appartiene in tutto od in parte ad altrui colla intenzione di tenerla per sè forma un nuovo corpo, in modo che la cosa di prima non possa più essere considerata come esistente, ciò chiamasi ***specificatio*** (*k*).

Fra gli antichi giureconsulti vi era quistione a chi dovesse competere la proprietà del nuovo corpo; i proculeani ne aggiudicavano la proprietà allo specificante, perchè ciò che fu fatto non apparteneva prima ad alcuno. I Sabiniani all'incontro sostenevano che il proprietario della materia fosse anche proprietario della nuova cosa; perchè senza materia non si può far nulla di nuovo (*l*). Giustiniano finì la quistione colla seguente decisione:

1. se qualcheduno ha formato un nuovo corpo con materia in parte sua ed in parte d'altrui, lo specificante ne acquista sempre la proprietà (*m*);

2. ma se venne formato un nuovo corpo soltanto colla materia altrui, bisogna distinguere se essa possa o no ridursi alla figura di prima; in quest'ultimo caso ne compete la proprietà allo specificante, ed in quello al proprietario della materia (*n*). Tuttalora soltanto non havvi accessione quando chi dà soltanto la forma, acquista la proprietà della *species*, mentre non si può dire che questa siasi accresciuta alla precedente proprietà dello specificante (*specificator*). Del resto parrebbe in vero migliore avviso di risguardare quest'ultimo caso come una specie di occupazione piuttostochè qual nuovo modo particolare di acquistare la proprietà; mentre pel fr. 7 § 7 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*, la nuova specie, come cosa priva di padrone, si devolve allo specificatore qual primo occupante. Noi credemmo perciò di poter trattare della specificazione come di una specie di accessione, e solo aggiungeremo che sebbene l'ultimo caso non sia un'accessione, abbiamo non ostante creduto doverne trattar qui, per non separare materie fra loro connesse.

(*c*) fr. 23 § 3 D. VI, 1.
(*d*) § 33 *Inst.* II, 1. — fr. 9 § 1 D. XLI 1.
(*e*) fr. 23 § 3 D. VI, 1.
(*f*) Giustiniano nel § 34 *Inst.* II, 1, approvò la opinione di Gajo che leggesi nel fr. 9 § 2 D. XLI, 1.
(*g*) fr. 19 § 13-16 D. XXXIV, 1 *De auro, argento* — fr. 26 § 1 D. XLI, 1. — fr. 23 § 5 D. VI, 1.
(*h*) fr 19 § 14, 15 D. XXXIV, 2 *De auro argento* Confr. col § 20 D. eod.
(*i*) fr. 27 § 2 D. XLI, 1.
(*k*) Quindi il trebbiar il frumento non è una specificazione, mentre con ciò non viene già prodotta una cosa di diversa specie, ma viene soltanto sgusciata una cosa che già esisteva, fr. 7 § 7 D. XLI, 1. vi si opporrebbe il § 25 *Inst.* II, 1; ma siccome non è che un estratto meno fedele della suddetta sentenza di Gajo, così esso non merita alcun riguardo. — In senso più lato, ma che qui non appartiene, vi ha specificazione quando colla propria cosa se ne fa qualche altra di nuovo (§ 259). Schilling nella *Critica della storia del Diritto* di Ugo, p. 165. Mühlenbruch nella *Dotr. Pand.* § 358. n. 3 ed altri risguardano la specificazione come un modo di acquisto suo proprio e non confondibile coll'accessione. Però nel caso in cui taluno in parte con materia propria ed in parte d'altrui abbia fatto una nuova *species*, si avrà effettivamente l'eccezione, e questa ha luogo anche allora quando il proprietario della materia lo divenga anche della forma, al-
(*l*) fr. 7 § 7 D. XLI, 1.
(*m*) § 25 in fine *Inst.* II, 1; ciocchè viene confermato per la parafrasi di Teofilo che si esprime « *in hac specie non est controversum, eum esse dominum, qui fecit.* » Se con l'assenso de' due proprietarii viene formata una cosa nuova questa è fra di esse comune, fr. 7 § 8 D. XLI, 1 Buchholtz considera nei suoi *Saggi* I, p. 127, questo caso come un altro modo di confusione.
(*n*) § 25 *Inst.* II, 1. « *Ut ecce vas conflatam potest ad rudem materiam aeris vel argenti vel auris reduci, vinum autem vel oleum ad uvas vel olivas reverti non potest* ».

via se lo specificante sapeva che la cosa era d'altrui, egli non ne acquista allora la proprietà in nessun caso (*o*). Se qualcheduno fa una cosa nuova coll'altrui materiale ed in nome di un altro, in tal caso essa appartiene a quest'ultimo (*p*).

La mescolanza di cose solide chiamasi *commixtio*, e quella di cose fluide *confusio* (*q*), ma nessuna di esse forma in regola un modo particolare di acquisto poichè se in virtù di esse vien trasferita la proprietà delle cose commiste o confuse, contengon esse per lo più una tradizione, od una specificazione come apparirà da ciò che segue.

Riguardo alla confusione di cose fluide i proprietarii delle materie confuse possono rivendicare la loro porzione, qualora sia possibile una separazione (*r*). Se la confusione seguì d'unanime consenso, ne nasce una comproprietà secondo la condizioni del contratto (*s*). Se vengono confuse delle cose fluide di specie diversa, e senza consenso reciproco, ha luogo una specificazione, ed il suo autore acquista la proprietà della cosa nuova secondo i principii spiegati di sopra (*t*). La confusione è dunque soltanto allora un modo speciale per acquistar la proprietà, quando cose della medesima specie, ma di proprietarii diversi, o per caso o pel fatto proprio di uno essi senza consenso dell'altro, vengono in guisa confuse che non ne possono più essere separate, o se vennero per caso confuse materie di specie diversa poichè in ambedue i casi nasce una nuova comproprietà la quale compete ad ogni singolo proprietario in proporzion della prima sua proprietà (*u*).

Nella *mescolanza* di cose solide nasce egualmente una comproprietà per tradizione, se la mescolanza seguì per unanime consenso dei proprietarii delle cose commiste ovvero si possono rivendicare le cose singole se è possibile una separazione; ma se non possono venir separate deve il giudice in via di equità aggiudicarne ad ognuno degl'interessati una parte determinata (*v*).

La *commixtio* dunque non si può ritenere come un modo speciale di acquistare la proprietà se non che nei seguenti casi:

1. se il danaro altrui col quale taluno ci pagò, si è commisto col nostro in guisa che non si possa più distinguere l'uno dall'altro, mediante una tale mescolanza acquistiamo la proprietà del danaro (*x*). - **2.** Il proprietario di una greggia acquista la proprietà degli animali che l'usufruttuario vi pose invece di quelli da esso consumati (*y*).

(*o*) Infatti, secondo i generali principj di Diritto, lo si deve considerare come un ladro, fr. 1 § 3 D. XLVII, 2 *De furt.* — § 6 *Inst.* IV, 1 *De obl. quae ex delict.* — § 3 in fine *Inst.* II, 6 *De usuc.*, e da un ladro puossi rivendicare la cosa rubata anco qualora la si avesse trasformata in cosa nuova, fr. 4 § 20 D. XLI, 3 *De usucap.* — fr. 14 § 3 D. XIII, 1 *De cond. furt.* — fr. 13 § 3 D. X, 4 *Ad exhib.* Vedi *Saggi* di W. Seli I, p. 194.

(*p*) fr. 25, fr 27 § 1 D. XLI, 1.

(*q*) Non puossi per altro negare che nei nostri fonti queste due espressioni non vengono usate indistintamente, fr. 5 pr. § 1 D. VI. 1 *De rei vind.* — fr. 7 § 8 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.* Buchholtz nei suoi *Saggi* I, n. 10, sostiene che tanto nella *commixtio*, come nella *confusio* valgano gli identici principj di Diritto; ciocchè di regola è anche vero, ma dalla *commixtio* non può mai risultare una specie affatto nuova, e il caso addotto alla fine del presente paragrafo non può esser ognora giudicato secondo i principj della *confusio*, mentre gli agnelli che l'usufruttuario rimette nel gregge, passano in proprietà del proprietario anche se si potessero distinguere dagli agnelli originarj.

(*r*) fr. 12 § 1 D. XLI, 1.

(*s*) § 28 *Inst.* II, 1. — fr. 5 pr. D. VI, 1. Qui adunque ha luogo una reciproca vicendevol consegna.

(*t*) fr. 5 § 1 D. VI, 1. Fuorchè dove si potesse ridurre la cosa nuova alla sua forma primitiva. Confronta la legge citata alla nota anteriore alla preced.

(*u*) fr. 3 § 2, fr. 4 D. VI, 1.

(*v*) § 28 *Inst.* II, 1. — fr. 5 pr. D. VI, 1.

(*x*) fr. 78 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*y*) fr. 69, 70 D. VII, 1 *De usufr. et quemadm.*

§ 211.

Norme circa il risarcimento del danno altrui cagionato per motivo dell'accessione.

Se qualcheduno acquista, mediante accessione, una cosa altrui, bisogna per lo più risarcire il danno che ne risente il proprietario della medesima, su di che sono da notarsi i seguenti precetti:

1. se chi acquista la proprietà di una cosa altrui, è egli stesso autore dell'accessione come può succedere trattandosi di fabbriche, semine e piantagioni, nella congiunzione, specificazione; e nella mescolanza di monete; allora esso deve sempre risarcire all'altro il danno in quanto egli ne trasse vantaggio, se agì in buona fede; ma se avesse agito in male fede, deve prestare il pieno interesse (*a*).

2. se l'accessione derivò dal proprietario della cosa accessoria ed esso era in buona fede, in tal caso gli compete finchè è in possesso della cosa, il diritto di ritenzione (*b*) (§ 182, *e*) ma perduto il possesso, gli compete in via di equità un'*actio in factum* solo nella *adferruminatio* (*c*); che se egli agì di mala fede, perde assolutamente la proprietà della sua cosa (*d*), tranne se l'unione di questa colla cosa principale potesse venir considerata come una spesa necessaria, poichè questa dovrebbe venir risarcità (*e*).

(*a*) § 26 *Inst.* II, 1. — fr. 23 § 4 D. VI, 1. In quanto al fabbricare convien inoltre avvertire che al proprietario dei materiali si aspetta l'azione *De tigno juncto*, per cui può domandare il doppio valore dei materiali medesimi in confronto di chi con gli stessi avesse fabbricato sul proprio fondo, § 29 *Inst.* II, 1. — fr. 6, 7 pr. D. X, *Ad exhib.* — fr. 1 D. XLVII, 3 *De tigno juncto.* E sebbene egli avesse conseguito il doppio valore suddetto potrà nulla meno, nel caso che l'edifizio sia crollato, rivendicare gli stessi materiali, qualora il fabbricatore abbia agito in mala fede, poichè il pagamento del doppio prezzo vale come pena pel furto, fr. 2 D. XLVII, 3. — § 19 *Inst.* IV, 1 *De oblig. quae ex delict.* Diversa è la cosa se il proprietario del fondo agì in buona fede, perchè allora si considera come se mercè ii pagamento del doppio prezzo esso avesse comperato i materiali. Se però il proprietario di questi non ne abbia conseguito il doppio prezzo, egli potrà sempre, qualora sia demolito l'edifizio, rivendicarli senza che gli possa venire opposta validamente la eccezione della prescrizione per ciò che fosse stata posseduta la casa durante il lasso di tempo alla prescrizione necessario, fr. 23 § 6 7 D. VI, 1. — fr. 7 § 10, 11 D. XLI, 1. — fr. 23 § 2 D. XLI, 3 *De usurp.*

(*b*) § 30-34 *Inst.* II, 1. — fr. 23 § 4 D. VI, 1.

(*c*) fr. 23 § 4. 5 D. VI, 1. — fr. 14 D. XII, 6 *De condict. indebit.* Confr. *Saggi* di Sell I, p. 33 sulla tesi « *nessuno può arricchire a danno altrui*: » ivi l'autore oltre i casi ove nasce l'azione dallo stesso affare di diritto o in cui concorre un speciale fondamento di legge come quando si tratta di azioni ingiuste, accenna talmente operativo e generalmente applicabile l'anzidetto principio, che per l'arricchire di un altro con la nostra sostanza, non solamente la *retentio*, ovvero *exceptio doli*, ma ben anche un'zione ne venga concessa. Solo pel caso che si fosse impiegata una cosa di assoluta spettanza, ovvero di comproprietà di un'altro, nella persuasione che fosse propria, negano le leggi l'azione e concedon solamente il diritto di ritenzione. — Ma appunto per questo principio che quando abbiasi impiegata la propria a vantaggio della cosa altrui non si ha che un diritto di ritenzione, giudichiamo che Sell sia caduto in contraddizione adottando il suddetto principio, e non volendo limitare il fr. 23 § 5 D. VI, 1, alla sola *adferruminatio*, ma estenderlo invece a tutti i casi dell'accessione (p. 91). Infatti egli è certo che vi è l'accessione quando taluno sul fondo di un altro fabbrichi, semini, o faccia piantagioni nella opinione che il fondo stesso gli appartenga, o se taluno scriva sulla carta altrui ritenendola a sè pertenente; ma nullameno in questi casi lo confessa (p. 132, n. 1) lo stesso Sell, non darebbero le leggi che un diritto di ritenzione, fram. 14 D. XLIV, 4 *De except. doli mal.* — c. 11 C. III, 32 *De rei vind.* § 30 - 32, 33 *Inst.* II, 1 *De rer. div.* Ella è disposizione speciale che il proprietario della materia sopra cui un altro ha dipinto, sebbene il pittore voglia prestargli indennità, possa nullameno rivendicare il tutto, pagando il prezzo della pittura fr. 9 § 2 D. XLI, 1, « *utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exolvat* ». Marezoll spiega diversamente l'anzidetto frammento. Vedi *Magazz.* di Grollmann Löhre IV, 2 e 3, pag. 366-370.

(*d*) § 30 *Inst.* II, 1. — fr. 7 § 12 D. XLI, 1.

(*e*) c. 5 C. III, 32 *De rei vind.* Se taluno coi suoi materiali abbia fabbricato sull'altrui fondo, valgono gli stessi principj; ma demolito l'edificio, tanto chi fabbricò in buona come chi in mala fede potrà rivendicare il proprio materiale, eccettuato però il caso dove si fosse intrapresa la

3. Se l'unione fu operata da un terzo che non è proprietario nè della cosa principale nè dell'accessoria, e che non ne fu incaricato nè dall'uno nè dall'altro, allora fra questo terzo ed il proprietario della cosa principale deve per analogia applicarsi la massima riferita al num. 2.; il proprietario anteriore della cosa acceduta può pretendere dall'autor dell'accessione, se questi agì di mala fede l'*id quod interest;* in caso contrario soltanto ciò che acquistò il terzo dal proprietario della cosa principale (*f*).

4. Finalmente se l'accessione trae la sua origine dal caso, come per esempio se venne svelto un pezzo di terreno dalla violenza del fiume, molti sono d'avviso che l'anterior proprietario deve parimente esserne risarcito giusta la massima: « *nemo locupletior fieri debet cum damno alterius* » (*g*), ma non vi è sopra ciò alcuna legge espressa (*h*).

§ 212.

III. *Della separazione e percezione dei frutti.*

Se i *frutti* vengono prodotti dalla cosa propria, appartengono al proprietario per diritto di accessione (§ 208); ma se qualcheduno vuole acquistare dei frutti da una cosa altrui, non si possono questi considerare come *accessione*, e perciò, la loro separazione o percezione costituisce un modo particolare di acquisto (*a*), e acquistano in tal modo la proprietà dei frutti il conduttore ereditario, il creditore pignoratizio anticretico, l'usufruttuario, il conduttore, finalmente il compratore e donatario di frutti pendenti.

Il conduttore ereditario ed il creditore pignoratizio anticretico ne acquistano la proprietà mediante la sola separazione (*b*), ma gli altri soltanto mediante percezione, cioè mediante un atto speciale che essi intraprendono colla intenzione di acquistare i frutti (*c*); soltanto i frutti degli animali ch'essi posseggono vengono da loro acquistati colla sola separazione (*d*).

Anche il possessore di buona fede acquista colla separazione la proprietà dei frutti (*e*), tuttavia esso è tenuto a restituirli al proprietario che rivendica la cosa sua, se non sono peranco consumati (*f*).

fabbrica con la intenzione di donare il materiale, fr. 7 § 2 D. XLIV. 2 *De except. rei. jud.* — c. 2 C. III, 32 *De rei vind.* Confr. Muhlenbruch II, § 365 in fine. Diversamente la spiegano de Wening I, n. 2 § 56, e Warnkönig I. n. 224 b.

(*f*) fr. 14 D. XII, 6 *De condict. indeb.* fr. 22 § 4 D. VI, 1 Kaufmann II, § 89 in fine.

(*g*) fr. 14 D. XII, 6 *De condict. indeb.*

(*h*) Per questo e perchè le leggi non parlano dell'obbligo al risarcimento se non nell'accessione artificiale. Guyet nelle sue *Dissertaz. di Dir. civ.*, Heidelberg 1829, sostiene che non vi è un tal obbligo nel caso qui contemplato, e dello stesso avviso sono anche i suoi censori negli *Annali* di Schunck XI, 3 p. 349 e XII, 1, p. 48. Di opinione differente è Thibaut nelle *Illustr. di Braun*, p. 508 e Sell nei suoi *Saggi* I, p. 94.

(*a*) *Giornale critico* di Tubinga II, p. 203 in fine.

(*b*) fr. 25 § 1 in fine D. XXII, 1 *De usur.* Ciò che abbiamo detto dell'enfiteuta deve per analogia valere anche del creditore con pegno anticretico, poichè amendue sono possessori di una cosa altrui in senso stretto. Non vi si oppone il fr. 11 § 1 D. XX, 1 *De pignor.*

(*c*) § 36 *Inst.* II, 1 — fr. 12 § 5 D. VII, 1 — fr. 13 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. amittit.* — fr. 16 pr. D. XIX, 5 *De praescript. verb. act.* — fr. 61 § 8 D. XLVII, 2 *De furtis.*

(*d*) § 37 *Inst.* II, 1. — fr. 28 pr. D. XXII, 1 *De usur.*

(*e*) fr. 13 in fine D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. am.* — fr. 25 § 1 in fine D. XXII, 1 *De usur.* — fr. 48 pr. D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.* Che l'opinione comune, secondo la quale il possessore di buona fede dovrebbe usucapire i frutti col possesso triennale, sia erronea, emerge da ciò che i frutti tostochè sono separati, diventano proprietà del possessore di buona fede, e perciò come cosa già sua non possono venir da lui usucapiti.

(*f*) fr. 35 *Inst.* II, 1. — fr. 4 § 2 D. X, 1 *Fin. reg.* — fr. 1 § 2 D. XX, 1 *De pign.* — Confr. anche fr. 4 § 19 D, XLI, 3 *De usurp.* e fr. 48 § 5, 6 D. XLVII, 2 *De furtis.* Vedi Warnkönig I, n. 242

§ 213.

IV. *Della tradizione, de' suoi requisiti ed effetti.*

La tradizione (*traditio*) in senso lato è la trasmissione del possesso in un altro (*a*); in senso proprio, nel quale noi qui la prendiamo, è la trasmissione del possesso ad un altro colla intenzione ch'egli acquisti la proprietà della cosa consegnata (*b*).

La *tradizione* si può fare in molte guise, come è noto da quanto abbiamo detto nella teoria del possesso (§ 185 e 187 in fine). Ma affinchè la proprietà passi ad un altro mediante la *tradizione*, oltre la trasmissione da una e l'accettazione dall'altra parte, è inoltre necessario:

1. che il tradente ne sia proprietario (*c*); poichè un altro può validadamente trasmettere una cosa altrui solamente quando egli n'ebbe l'incarico dal proprietario stesso, come il procuratore (*d*), o se egli ne è autorizzato per legge, come i tutori e i curatori (*e*), ovvero i giudici nell'esecuzione della sentenza (*f*), e finalmente il fisco, il quale trasferisce nell'accettante la proprietà anche di una cosa altrui da esso consegnata, poichè il proprietario di prima non ha alcun diritto di ripetere dall'accettante la cosa sua, ma soltanto un'azion personale contro il fisco, la quale si estingue in quattro anni (*g*);

2. che il proprietario abbia diritto di liberamente disporne (*h*);

3. che la tradizione segua colla intenzione che l'altro acquisti la proprietà della cosa consegnata (*i*); perciò alla tradizione deve precedere una giusta causa (*justa causa*) (*k*), la quale consiste in una convenzione ovvero in un fatto col quale il proprietario manifesta la volontà di trasferire ad un altro la proprietà della cosa sua (*l*).

Da questa spiegazione della giusta causa apparisce che la proprietà mediante la tradizione passa nell'accettante non solo nelle alienazioni solite ed ordinarie, come nella donazione, compra-vendita ec. (*m*), ma ben anche quando egli operò la consegna dolosamente (*n*), o se ambedue i con-

e F. Eckenberg *Dissertatio de Publiciana actione, et unde bonae fidei possessor fructus consumptos suos faciat*, Lipsia 1821, p. 66 fino alla fine. - F. G. Bake *bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat*. Berol. 1825. Una nuova dottrina circa l'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede espose Unterholzner nell'*Arch. per la Prat. civ.* VIII, 3 n. 13. Chi desiderasse di conoscerla in ristretto, vegga il *Giornale della Giurispr. Austriaca* del dottore e prof. Wagner, 1826, fasc. XII, p. 511 del foglio d'annunzi. Ma veggasi in contrario gli *Ann.* di Schunck 237, III, 1, p. 47, e il *Giorn. crit.* di Tubinga II, 2, pag. 190.

(*a*) Nel § 44 *Inst.* II, 1, e nel fr. 9 § 5 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom* la parola *traditio* significa trasmissione soltanto della detenzione; nel § 7 *Inst.* IV, 6 *De act.* e nel fr. 1 pr. D. XIII, 7, indica invece la tradizione dell'effettivo possesso

(*b*) § 40 *Inst.* II, 1. — fr. 9 § 3 D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

(*c*) Secondo il noto adagio: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*». fr. 54 D. L. 17 *De regul. jur.*

(*d*) § 43 *Inst.* II, 1.

(*e*) C. V, 71, 72.

(*f*) fr. 15 D. XLII, *De re judicata.*

(*g*) c. 2 pr. c. 3 C. VII, 37 *De quadrienn. prasc.*

(*h*) § 2 *Inst.* II, 8 *Quibus alienare licet, vel non* — fr. 6 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*i*) § 40 *Inst.* II. 1. — fr. 9 § 3 D. XXIII, 3 *De jur. dot.*

(*k*) Warnkönig nell'*Archivio per la Prat. civ.* VI, 1, *Sulla nozione della giusta causa.*

(*l*) La definizione comune *della giusta causa* è troppo ristretta perchè si possa dire corrispondente al testo della legge. Confr. fr. 1 § 3, fr. 5 D. XII, 7. — fr. 36 D. XLI, 1. — c. 6 C. IV, 50. Non osta il fr. 31 pr. D. XLI, 1, poichè Paolo, il quale anche in altri passi è talvolta oscuro, probabilmente non volle dir altro, se non che non si trasmetta la proprietà colla semplice tradizione, se non vi era contemporaneamente l'intenzione del proprietario di trasfonderla in un altro. Warnkönig nella *Diss.* sopra cit. § 130.

(*m*) Ma se viene consegnata ad alcuno una cosa in forza di una vendita, il compratore non ne acquista colla semplice tradizione la proprietà, ma o deve averne pagato il prezzo o convien che la cosa sia stata venduta a credito § 41 *Inst.* II, 1. — fr. 19, 53 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*n*) fr. 7 pr. D. IV, 3 *De dolo malo.* — c. 10 C. IV, 44 *De rescind. vend.*

traenti aveano in mente una diversa convenzione tendente a trasmettere la proprietà (*o*), ed in altri simili casi (*p*), in cui il tradente perde la proprietà della sua cosa, e può ripeterla soltanto mediante una *condictio* (§ 109). Ma se l'alienazione è per legge assolutamente proibita a certe persone, come ai pupilli (§ 166, *q*), od almeno sotto certi riguardi, come al marito l'alienazione del fondo dotale (§ 558), al conjuge la donazione all'altro conjuge (§ 552), in tal caso la tradizione non ha alcun effetto;

4. finalmente, si richiede anche da canto dell'accettante la intenzione di acquistare la proprietà (*q*).

Se qualcheduno vuole acquistare mediante un procuratore, ed il tradente non venne informato che il ricevente sia un semplice procuratore, in tal caso il mandante acquista la proprietà solamente quando la cosa viene da essolui ricevuta (*r*); ma se la cosa fu consegnata al procuratore in nome del mandante, esso ne acquista subito la proprietà anche senza saperlo (*s*), e questa volontà del tradente prepondera la intenzione del procuratore, se questi avesse forse voluto acquistare la proprietà per sè o per un altro (*t*).

Se la tradizione si eseguì debitamente, il ricevente ne acquista la proprietà tale quale aveala il tradente, se non fu convenuto diversamente (*u*), o cessò mediante una *confusio* ora seguita una limitazione che avea forse fino allora esistito.

§ 214.

V. *Della usucapione.*

Dilucidazione storica di questa istituzione (*a*).

L'*usucapione* fu da principio introdotta dalle Leggi delle XII Tavo-

(*o*) fr. 36 D. XLI, 1. « *Si ego pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi et accipiendi dissenserimus* ». Ulpiano dice tutto il contrario nel fr. 18 pr. D. XII, 1 *De reb. cred.* La prima opinione, esposta da Giuliano, era invalsa generalmente, come si può desumere dalla parola *constat*: Ulpiano non fa ch'esporre la sua propria opinione; *puto etc.* Confr. Glück *Comm.* VIII, p. 121.

(*p*) Warnkönig I, n. 236. — Gli effetti quindi della consegna non sono resi vani nè da un errore nella persona, nè da un errore circa il motivo che induce uno a dare e l'altro a ricevere, purchè l'uno abbia la volontà di trasmettere la proprietà e l'altro l'intenzione di accettarla, fr. 15 § 4 D. XII, 6 *De condict. indeb.* C. IV, 50. *Si quis alteri vel sibi.* — Wening I, pagina 227; ma

1. l'errore nell'oggetto, quando ciò venne consegnata una cosa non diversa da quella che si voleva consegnare, fa sì che ad onta della seguita consegna non viene trasmessa la proprietà fr. 34 pr. D. XLI, 2 *De acquir. vel. amitt. possess.* — fr. 2 § 6 D, XLI, 1 *Pro emtore.* Ma nell'acquisto della proprietà a mezzo di un mandatario, l'errore nell'oggetto nuoce soltanto nel caso che versi in esso tanto il mandatario che il mandante, fr. 34 § 1 D. XLI, 2.

2. Anche un errore circa la proprietà impedisce gli effetti della consegna, se cioè taluno dovendo fare la consegna in nome di un terzo dà la cosa propria in luogo di quella del suo committente, oppure se ordinò che venga consegnata la sua cosa come cosa d'altri, fr. 35 D. XLI, 1 — fr. 15 § 2 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 3 § 8 D. XII, 4 *De condict. causa data, non secut.* Si può non pertanto opporre la *exceptio doli* a colui che vuole rivendicare la cosa propria, ch'egli dietro incombenza di un terzo alienò per errore, fr. 49 D. XVII, 1, *Mandati.*

(*q*) fr. 55 D. XLIV, *De oblig.* Confr. anche il § 187 nota f.

(*r*) fr. 1 § 20 D. XLI, 2.

(*s*) fr. 13 pr., fr. 20 § 2, fr. 65 pr. D. XLI, 1.

(*t*) fr. 13 D. XXXIX, 5 *De donat.* « *Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit* ». Non si oppone il fr. 37 § 6 D. XLI, 1, poichè, stabilito com'è che il possesso passi in quello che lo vuol acquistare, ad onta del dolo del procuratore, ne viene di conseguenza ch'esso acquisti anche la proprieta. Vedi § 187 nota e.

(*u*) fr. 20 § 1 D. XLI, 1.

(*a*) *Inst.* II. 6 *De usucap. et longi temporis possess.* — D. XLI, 3 *De usurp. et usucap.* — C. VII, 30, 31, 33, 35, 38. — Gaji *Comm.* II § 41-62. — Thibaut *Del possesso e della prescrizione*, Jena 1802. — C. C. Dabelow *Della prescrizione*, Halla 1805 e 1807. — C. A. D. Unterholzner *Della dottrina della prescrizione del possesso continuato.*

le (*b*), e significava l'acquisto della proprietà civile mediante il possesso continuato per tutto il tempo dalle leggi prescritto. Trattandosi di cose mobili, bastava il possesso di un anno, e per le immobili quello di due anni, e si acquistava non solo la proprietà, che altrimenti non si avrebbe avuto, ma anche la proprietà naturale trasformavasi in *dominium ex jure Quiritium* (§ 199).

Questa usucapione poi non si estendeva ai beni immobili fuori d'Italia, nè a cose rubate (*c*), nè al *forum bustumve*, nè all'intervallo di cinque piedi fra i campi (*d*).

Siccome in tal modo l'usucapione era limitata, così venne introdotta l'*exceptio longi temporis* specialmente riguardo ai beni fuori d'Italia, in virtù della quale chi acquistava una cosa in buona fede e con giusto titolo, e la possedeva per lungo tempo, potea difendersi contro il proprietario rivendicante. Siccome, secondo il Diritto antico, tanto le azioni che le eccezioni doveano rivestirsi di una certa formola, e secondo questa formola, veniano dal Pretore prescritte la convenuto ed al giudice (*praescribebantur*); così acquistò questa eccezione il nome *exceptio praescriptionis* (*e*), la quale in seguito fu dagl'Imperatori in varie guise modificata. Poichè siccome essa da principio si applicava soltanto a cose immobili, così venne in seguito estesa mediante Rescritti imperiali anche alle mobili (*f*).

Inoltre, il tempo della prescrizione era da principio indeterminato, ed in seguito fu stabilito quello di 10, o 20 anni; di 10 anni se il vero proprietario e l'usucapiente aveano il loro domicilio nella medesima provincia (*inter praesentes*); di 20 anni, se in una provincia diversa (*inter absentes*) (*g*).

Finalmente Giustiniano fissò termini eguali tanto per l'usucapione che per la prescrizione, cioè di 3 anni per le cose mobili, e di 10 o di 20 per le immobili, secondo la differenza accennata, purchè il possesso fosse di buona fede, acquistato con giusto titolo e non interrotto (*h*); esso accordò inoltre in virtù dell'usucapione o della prescrizione la piena e legittima proprietà (*i*). A questa prescrizione ordinaria (*praescriptio ordinaria*)

Breslavia 1815. — Lo stesso: *Esposizione dettagliata di tutta la dottrina della prescrizione secondo il Diritto comune vigente in Germania*, II, Lipsia 1828. In genere si chiama *prescrizione* la perdita di un diritto per non averlo esercitato durante un dato tempo stabilito dalla legge. Se l'effetto della prescrizione è soltanto quello di liberarci dal diritto di un terzo, essa dicesi prescrizione estintiva (*praescriptio extinctiva* § 112); che se il diritto che taluno perde passa contemporaneamente in un altro, allora si dice *usucapio, praescriptio adquisitiva*. Tanto l'una che l'altra furono introdotte dalle leggi civili all'oggetto speciale di porre un fine alle liti e di cautare i diritti di proprietà, pr. *Inst*. II, 6. — fr. 1 D. XLI, 3. — fr. 5 pr. D. XLI, 10 *Pro suo*.

(*b*) Gaji II, § 42.

(*c*) Gaji II, § 45 e seq.

(*d*) § 273 *Storia del Diritto romano* di Alberto Schweppe, Gottinga 1822.

(*e*) Ma sembra che più tardi sia stata conceduta un'azione, cioè quella pubbliciana (§ 225), a chi era difeso dalla *exceptio praescriptionis*, c. 8 pr. in fine C. VII, 39 *De praescr. 30 vel 40 annor*. — Il fr. 13 § 1 D. XII, 2 *De jurejur*. non appartiene qui: Unterholzner nell'opera sopra citata, 1828 § 174.

(*f*) fr. 9 D. XLIV, 3 *De div. tempor. praescr.*

(*g*) Già fino dai tempi di Paolo, fram. 76 § 1 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*h*) pr. *Inst*. II, 6. — c. un. C. VII, 31 *De usuc. transform.*

(*i*) c. un. C. VII, 25 *De nudo jure Quirit. toll.* Terminano intieramente tutti i diritti che terzi avevano sulla cosa usucapita (*jura in re*), come p. e. il diritto di pegno, e le servitù, se chi usucapisce ha posseduto la cosa siccome libera, e ciò per la nota massima: *tantum praescriptum, quantum possessum*. fr. 4 § 29 D. XLI, 3 *De usurp. et usucap*. — c. 8 C. VII, 36 *Si adversus credit.*; non cessano per altro in forza della usucapione o delle prescrizioni e obbligazioni personali (*obligationes*) che incombessero a taluno rispetto alla cosa usucapita, c. 1 C. VII, 36. — c. 3 C. VII, 34 *In quibus caus. cessat. longi temp. praescr*. — c. 5 C. VII, 35 *Quibus non objicitur longi temp. pr.*

ne aggiunse una straordinaria (*extraordinaria, longissimi temporis*), mediante la quale chi possede per 30, o 40 anni una cosa che per qualche impedimento non era soggetta alla prescrizione ordinaria, ne diventa proprietario.

§ 215.
Requisiti comuni all' usucapione tanto ordinaria che straordinaria.

I requisiti comuni all' usucapione tanto ordinaria che straordinaria sono i seguenti:

1. Una legge su cui si basa, poichè siccome l' usucapione non può venir derivata da principj di Diritto naturale, così v'è duopo nei casi speciali di riportarsi alla legge su cui si basa (*a*);

2. una cosa capace di essere acquistata coll' usucapione. Assolutamente non soggette all' usucapione sono le cose a tutti comuni, le cose di diritto divino, la libertà dell' uomo (*b*) ed i diritti della sovranità (*c*);

3. Il possesso di buona fede non interrotto della cosa da usucapirsi. L' usucapione non viene interrotta per mutazione del possesso (*d*), ma bensì per la perdita del medesimo (*usurpatio naturalis*) (*e*), o mediante un'azione accampata da quello contro il quale corre l' usucapione, ed intimata al convenuto (*usurpatio civilis*) (*f*); in quest' ultimo caso però, soltanto colla condizione che l' attore resti vittorioso nella lite; poichè se la perde, l'azione accampata non nuoce minimamente al possessore (*g*). Di qual mezzo s'abbia a servirsi invece di una azione contro assenti (*h*), e che l' usucapione non venga interrotta mediante stragiudiziale interpellazione, l'abbiamo già altrove spiegato (*i*).

Dalla buona fede menzionata al num. 3 segue che è necessaria:

4. anche la buona fede (*bona fides*), la quale ha luogo quando il possessore crede di aver acquistata la cosa in modo legittimo, e di averne conseguita la proprietà (*k*).

La buona fede perciò si fonda in un errore se qualcheduno non conosce i difetti della sua acquisizione; tuttavia l'errore dev'essere un errore di fatto, e tale che meriti discolpa; poichè quegli verrà tenuto per possessore di mala fede, il quale era per negligenza soverchia, o si trova in un errore di diritto (*l*).

Vien tenuto non meno per possessore di mala fede chi dubita di avere o no un giusto titolo d'acquisto (*m*), o crede che vi sia un impedimento diverso da quello che realmente vi

(*a*) Unterholzner nell'opera sopra citata, 1828, § 25.

(*b*) § 1 *Inst.* II, 6. — fr. 9 D. XLI, 3 *De usurp. et usucap.* - c. 3 C. XII, 22 *De longi temp. praescr. quae pro lib.*

(*c*) c. 6 C. VII, 39 *De praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*

(*d*) fr. 18 § 1 D. VII, 6 *Quemad. servit. amitt.* — fr. 14 § 1 D. XLIV, 3 *De divers. temp. praescr.* Vedi il presente paragrafo verso la fine.

(*e*) fr. 5 D. XLI, 3. — fr. 7 § 4 D. XLI, 4 *Pro emtore.* — fr. 5 D. XLI, 6 *Pro donato.*

(*f*) c. 10 C. VII, 33 *De praescr. long. temp.* — c. 3 C. VII, 40 *De annali except.* — c. 2 C. III, 19 *Ubi in rem. act.* Con ciò venne abolito l'antico Diritto contenuto nel fr. 17 in fine D. VI, 1 *De rei vind.* — fr. 2 § 21 D. XLI, 4 *Pro emt.* — Confr. § 112 nota *o*. Del resto coll'usurpazione civile la prescrizione viene interrotta solo rispetto all'attore, non anche riguardo a terze persone. fr. 5 D. XLI, 3 *De usurp.* - fr. 18 D. VI, 1 *De rei vind.* — Buchholtz nei suoi *Saggi* I, n. 11, è d avviso che anche secondo il Diritto nuovissimo non interrompa l'usucapione della proprietà nemmeno la contestazione della lite: ma in ciò egli trasandò la c. 2 C. III, 19 che in questo rapporto è molto influente.

(*g*) fr. 2 D. XLI, 6 *Pro donato.*

(*h*) § 112 nota q.

(*i*) § 112 nota p.

(*k*) fr. 109 D. L. 16 *De verb. sign.* — C. A. Möllenthiel *Della natura della buona fede nella prescrizione.* Erlangen 1820.

(*l*) fr. 4, fr. 9 § 2 D. XXII, 6 *De juris et facti ignor.* — fr. 31 pr. fr. 32 § 1 D. XLI, 3 *De usurp. et usucap.* — fr. 2 § 15 D. XLI, 4 *Pro emtore.*

(*m*) c. 10 C. VII, 32.

è (*n*). Ma se non esiste alcun impedimento relativo all'acquisizione, la mala fede non impedisce l'acquisto della proprietà, poichè la realtà ha la preferenza sopra la semplice opinione, ossia credenza (*o*).

La buona fede viene in dubbio presunta (*p*), e basta che vi sia al principio della presa di possesso, mentre la susseguente conoscenza della mala fede non nuoce (*mala fides superveniens non nocet*) (*q*); quegli soltanto che vuole usucapire in base al titolo di compra, deve trovarsi in buona fede tanto al momento che seguì il contratto di compra-vendita, quanto anche al momento che acquistò il possesso (*r*).

Chi acquistò una cosa soggetta a divisione e sapeva che una parte della medesima non appartiene al suo autore, può usucapirne le altre parti; ma se non sa qual parte sia proprietà altrui, non ha luogo alcuna usucapione (*s*). Se qualcheduno vuol acquistare mediante un procuratore, sembra che la buona fede sia necessaria tanto per parte del mandante quanto del mandatario (*t*).

La buona e mala fede è anche allora specialmente d'importanza quando il possesso viene continuato per mezzo di un altro, ed alla domanda se al successore giovi la buona fede del suo autore, ovvero nuoccia la mala fede del medesimo, bisogna distinguere fra un successore universale e particolare: attesa la finta identicità di persona tra il defunto e l'erede, il successore universale, tanto se sia erede in senso proprio, quanto se fedecommissario o *bonorum possessor*, continua il possesso cominciato in buona fede dal defunto, benchè forse egli stesso si trovi in mala fede; all'incontro se il defunto era in mala fede, il successore non può incominciare il possesso neppure per la sua persona, benchè egli non sappia che la proprietà della cosa spetti ad un altro (*u*). Un successore singolare poi si può valere del possesso del suo autore soltanto nel caso che sieno ambedue in buona fede (*v*); poichè se l'autore era in mala fede, non può aver luogo l'usucapione di cose mobili, perchè sono da riguardarsi come rubate tostochè furono alienate di mala fede da chi non ne era proprietario (*x*), e ciò venne poi applicato mediante una nuova costituzione di Giustiniano anche alle cose immobili, che senza consaputa del proprietario furono da qualcheduno alienate di mala fede (*y*) (confronta § 219 n. 2 e 3).

5. Possibilità legale per parte di quello cui compete l'azione, di farla valere, secondo la massima: *non valenti agere nulla currit praescriptio* (§ 112).

6. Finalmente deve essere trascor-

(*n*) fr. 32 § 1 D. XLI, 3.

(*o*) fr. 9 § 4 D. XXII, 6 *De juris et facti ignor.* Confr. § 87 I, 3.

(*p*) c. 30 C VIII, 45 *De evict.*

(*q*) fr. 43 pr. fr. 48 D. XLI, 3. — c. un. C. VII, 31 *De usucap. transform.*

(*r*) fr. 48 D. XLI, 3. — fr. 2 pr. D. XLI, 4 *Pro emtor.* — fr. 7 § 16, 17 D. VI, 2 *De publ. in rem. act.*; non osta il fr. 40 pr. D. XLI, 3.

(*s*) fr. 4 fr. 6 § 1 D. XLI, 4. — fr. 43 pr. D. XLI, 2 *De acquir. vel amitt. possessor.* — fr. 32 § 2 D XLI, 3.

(*t*) fr. 22 § 5 D. XL, 12 *De liberali causa* « *Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scentiam nocere Labeo putat.* » fr. 43 § 1 D. XLI, 3. — fr. 2 § 10, 13 D. XLI, 4.

(*u*) § 12 *Inst.* II, 6 *De usucap* — fr. 2 § 19 D XLI, 4 *Pro emtore.* — fr. 11 D. XLIV, 3 *De dir. temp. praescript.*, la usucapione può compirsi perfino quand' anche l'erede non abbia l'eredità fr. 30 pr. D. IV, 6 *Ex quibus caus.*

(*v*) § 13 *Inst.* II, 6. — fr. 13 § 6, 11, 13 D. XLI, 2 *De acquir. vel amitt. possess.*

(*x*) § 3 *Inst.* II, 6.

(*y*) Nov. 119, c. 7. Questa novella viene trasandata da molti giuristi, i quali hanno riflesso soltanto all'antico Diritto contenuto nel fram. 38 D XLI, 3.

so il tempo legale, che secondo la diversità dell'usucapione può durare 3, 10, 20, 30, o 40 anni (confronta anche il § 488 nota *s*).

§ 216.

Requisiti speciali dell'usucapione ordinaria.

I. *Del giusto titolo in generale.*

Il giusto titolo (*justus titulus*) è un fondamento della presa di possesso, in virtù di cui il possessore avrebbe acquistato la proprietà, se non vi si fosse opposto qualche impedimento. Il giusto titolo è dunque un fondamento in generale atto all'acquisizione della proprietà, ma che in singoli casi perde la sua capacità per qualche ostacolo che gli si oppone; cosicchè la proprietà non passa immediatamente nel ricevènte, ma vi può soltanto passare, mediante la continuazione del possesso, per tutto il tempo dalla legge prescritto.

Tali impedimenti sono: se il tradente non era egli stesso proprietario della cosa consegnata (*a*); se egli per qualche limitazione della sua capacità di disporre non poteva trasferire la proprietà (*b*); o se furono trascurate le formalità necessarie per la validità di un atto legale (*c*).

Ma se mediante una convenzione per cui qualcheduno acquistò il possesso, la proprietà non può assolutamente venir trasferita in nessun caso (*d*), o almeno in certi casi a motivo di una legge proibitiva (*e*); allora manca totalmente il giusto titolo. In simil guisa non basta, di regola, l'opinione erronea che esista un giusto titolo, come p. e. se qualcheduno credeva di aver acquistata una cosa in dono la quale non gli fu donata (*f*); tranne il caso di un errore scusabile, qual sarebbe l'errore circa un fatto altrui, p. e. se qualcheduno crede falsamente che il suo schiavo o procuratore abbia comprata una cosa, od acquistata in dono (*g*), ovvero se esiste bensì un titolo, ma il possessore crede di aver acquistata la cosa per un titolo diverso da quello per cui veramente l'acquistò (*h*). Un errore non è poi di ostacolo all'usucapione neppure nel caso che tanto il tradente quanto anche il ricevente credessero veramente l'uno di dover trasferire la cosa, e l'altro di avere un diritto di riceverla (*i*).

Se qualcheduno acquistò una cosa sotto una condizione sospensiva, l'usucapione non può cominciare prima del suo adempimento (*k*); ma se la condizione è resolutiva, non impedisce

(*a*) fr. 36 D. XLI, 3 *De usurp.*
(*b*) fr. 2 § 16 XLI, 4 *Pro emptore.*
(*c*) fr. 9 D. XLI, 8 *Pro legato.*
(*d*) Non costituiscono quindi un titolo legittimo i contratti di enfiteusi, di superficie, l'usufrutto, il deposito e la locazione.
(*e*) Così p. e. la donazione in genere è un titolo valido, ma essa non lo è fra conjugi a motivo che fra essi le donazioni son vietate, fr. 1 § 2 D. XLI, 6 *Pro donato*, come non lo è neppure fra il capitale e il figlio di famiglia, fr. 1 § 1 D XLI, 6.

(*f*) § 11 *Inst.* II, 6 *De usucap.* — fr. 2 § 6 D. XLI, 4 *Pro emtore.* — fr. 1 pr. D. XLI, 6 *Pro donato.* — fr. 6 D. XLI, 7 *Pro derelicto.* fr. 1-3 D. XLI, 8 *Pro legato.* — c. 3, 4 C VII, 29 *De usuc. pro hered.* — c. 4, 5 C. VII, 33 *De praescr. longi temp.*
(*g*) fr. 11 D. XLI, 4 *Pro emtore.* — fr. 5 § 1 D. XLI, 10 *Pro suo.* Con ciò resta limitata l'opinione di Celso che si legge nel fr. 27 D. XLI, 3. — Un errore di diritto però non merita mai scusa, fr. 31 pr. D. XLI, 3. — fr. 2 § 15 D. XLI, 4.
(*h*) fr. 31 § 6 D. XLI, 3. « *Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa accepisse usu eum capturum, Iulianus putat* ».
(*i*) fr. 46, 48 D. XLI, 3. Diversa è la cosa rispetto alla compera, poichè non può usucapire chi ha ricevuto una cosa sulla falsa presupposizione della medesima, ad onta che amendue i contraenti si accordassero a risguardarla come vera, mentre in un tale negozio conviene aver riguardo non solo all'epoca della consegna, ma anche a quella della conclusion del contratto, e non essendo stata conchiusa la compera, non può nemmeno incominciare la prescrizione, fr. 48 D. XLI, 3. — fr. 2 pr. D. XLI, 4.
(*k*) fr. 4 pr. D. XVIII, 2 *De in diem addict.* — fr. 2 § 2 D. XLI, 4.

l'usucapione, senza che perciò venga minimamente alterato il diritto di colui che acquistar deve la cosa al verificarsi della stessa (*l*).

§ 217.
Enumerazione dei singoli titoli.

I titoli particolari sono i seguenti:

Pro emtore (*a*) usucapisce chi comperò una cosa, e ne acquistò il possesso (*b*), se egli ne pagò il prezzo d'acquisto, o gli venne questo mutuato (*c*) (§ 213 nota *m*). Chi pagò il prezzo di stima di una cosa, la può egualmente usucapire *pro emtore* (*d*).

Pro donato (*e*) si usucapisce una cosa che fu consegnata a qualcheduno in virtù di una donazione *inter vivos*, ovvero *mortis causa* (*f*). Quantunque una donazione fra conjugi non dia verun giusto titolo all'usucapione contro il conjuge donante (§ 216 nota *e*); tuttavia può aver luogo l'usucapione contro estranei, se fu donata una cosa altrui (*g*), purchè il donante non diventi perciò più povero.

Pro derelicto soggiace all'usucapione quella cosa che fu abbandonata da chi non ne era proprietario (*h*).

Pro soluto, se taluno acquistò in pagamento una cosa altrui, dal suo debitore, ovvero da chi non era il debitore una cosa propria del medesimo (*i*). Pel titolo di compra che venisse falsamente supposta, non può aver luogo l'usucapione *pro soluto* (*k*).

Pro transacto usucapisce chi possede una cosa altrui in virtù di una transazione (*l*).

Pro dote (*m*), se qualcheduno acquistò in dote delle cose altrui, ed il matrimonio fu conchiuso (*n*). Se una dote non stimata fu consegnata prima delle nozze colla intenzione che lo sposo ne acquisti subito la proprietà, non ha luogo l'usucapione *pro dote*, ma *pro suo* (*o*). Una dote stimata, consegnata prima delle nozze, non si può usucapire innanzi il matrimonio nè *pro dote* nè *pro suo*, perchè viene considerata come se fosse stata alienata sotto una condizione sospensiva, prima della cui evenienza, com'è già noto (§ 216 nota *k*), l'usucapione non può cominciare (*p*). Ma se il marito è obbligato alla restituzione della dote, risulta egualmente dal fin qui detto (§ 216) che le cose usucapite si devono restituire.

Il titolo *pro herede* (*q*) sembra avere nei nostri fonti le seguenti significazioni:

1. se il vero erede trova nella massa ereditaria una cosa che il defunto nè possedeva (*r*) nè deteneva (*s*); o gli

(*l*) fr. 2 § 1 D. XVIII, 2—fr. 13 pr. D. XXXIX, 6 *De mortis causa don.* — fr. 2 § 4 D. XLI, 4 *Pro emptore.*

(*a*) D. XLI, 4 *Pro emtore.* — C. VII, 26 *De usucap. pro emt.*

(*b*) fr. 2 D. XLI, 4.

(*c*) fr. 2 § 3 D. XLI, 4.—fr. 8 D. VI, 2 *De publ. in rem. act.*, contiene soltanto una presunzione.

(*d*) fr. 1, fr. 3 D. XLI, 4.

(*e*) D. XLI, 6 *Pro donato.*—C. VII, 27 *De usucap. pro donato.*

(*f*) fr. 1 pr. D. XLI, 6. — fr. 13 pr. D. XXXIX, 6 *De mortis causa don.*

(*g*) fr. 1 § 2, fr. 3 D. XLI, 6.—fr. 25 D. XXIV, 1 *De donat. inter vir. et uxor.*—Löhr nell'*Arch. per la Prat. civ.* XVI, 2, p. 249.

(*h*) D. XLI, 7 *Pro derelicto.*

(*i*) fr. 33 § 3, fr. 46, fr. 48 D. XLI, 3.

(*k*) fr. 48 D. LXI, 3.

(*l*) c. 8 C. VII, 26 *De usucap. pro emtore vel transact.*

(*m*) D. XLI, 9 *Pro dote.* — C. VII, 28 *De usuc. pro dote.*

(*n*) fr. 1 § 2-4 D. XLI, 9.

(*o*) fr. 1 § 2 in fine D. eod.

(*p*) fr. 2 D. eod.—fr. 10 § 4 D. XXIII, 3 *De jure dot.*

(*q*) D. XLI, 5 *Pro herede.* — C. VII, 29 *De usucap. pro herede.* Soltanto da Cajo abbiamo desunta la cognizione storica della natura dell'antica *usucapio pro herede.* Fra gli altri merita particolare menzione l'articolo di Rosshirt nell'*Archivio per la Pratica civ.* IX, 1, *Sulla dottrina della usucapione e in particolare dell'usucapio pro herede.*

(*r*) Poichè se il defunto era nel possesso civile della cosa, l'erede può continuare l'usucapione

viene consegnata una cosa altrui come spettante alla eredità (*t*).

2. se in mancanza di un *suus heres* (*u*), una persona capace di ereditare (*v*), non sapendo che il testamento sia nullo, e che esista un congiunto più prossimo, si tiene per l'erede, e possiede per tutto il tempo prescritto le cose singole come parti della eredità (*x*); tuttavia il vero erede, ad onta di questa usucapione, può ripetere da lui l'intiera eredità finchè sia prescritta la sua azione ereditaria (*y*).

3. Finalmente se un erede presunto trova nella eredità una cosa che il defunto nè possedeva nè deteneva, ovvero, se la riceve come appartenente alla eredità, e la possede per tutto il tempo dovuto; il qual caso è composto dai due precedenti, e si basa sopra gli stessi principj.

Il titolo *pro legato* (*z*) ha luogo se fu legata una cosa altrui, oppure una cosa propria del testatore, ma senza che il legatario sappia che essa gli fu tolta di nuovo in un codicillo, o se il legato non fu lasciato in forma legale (*aa*). Questo titolo cessa se il legatario è incapace all'acquisto del legato (*bb*) o se il legato non era a lui destinato, tranne se egli merita scusa a motivo di un errore del nome (*cc*). Tutti i titoli fin qui riferiti venivano compresi sotto il nome generale *pro suo:* tuttavia questo titolo *pro suo* ha luogo specialmente quando il titolo dell'acquisto non ha alcun nome particolare, come p. e. se qualcheduno per un errore scusabile cominciò a possedere come sua una cosa altrui, o se egli ne acquistò il possesso in dipendenza di una decisione giudiziale (*dd*), di una divisione stragiudiziale (*ee*), o della deposizione di un giuramento (*ff*).

§ 218.

II. *Tempo per l'usucapione ordinaria.*

Finalmente per ogni usucapione si richiede anche il possesso civile continuato per tutto il tempo dalla legge prescritto; e che questo venir non

per lo stesso titolo che aveva il defunto, fr. 3 § 4 D. XLI, 2 *De acquir. vel amitt. possess.* — § 12 *Inst.* II, 6 *De usucap.*

(*s*) c. 4 C. VII, 29 « *Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse, neque tenenti, neque heredi ejus potest* » combinato colla c. 4 C. VII, 33 *De praescr. long. temp.* « *Diutina possessio, tantum jure successionis sine justo titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest* ». Può per altro incominciare a usucapire quegli a cui l'erede alienò una cosa ch'esso credeva appartenere all'eredità, ma che era stata depositata o comodata o locata al defunto, fr. 36 pr. D. XLI, 3.

(*t*) fr. 3 D. XLI, 5. — fr. 5 § 1 D. XLI, 10 *Pro suo*. Confr. c. 4 C. VII, 29. — c. 4 C. VII, 33 e il fr. 11 D XLIV, 3, *De divers. temp. praescr.* Veggasi la spiegazione di questi citati nella *Dissert.* di Rosshirt, p. 24,28.

(*u*) c. 2 C. VII, 29.

(*v*) fr. 4 D. XLI, 5.

(*x*) fr. 33 § 1 D. XLI, 3. Confr. anche fr. 29 D. XLI, 3.

(*y*) Rosshirt p. 30, 34 sostiene l'opinione contraria. Ma la c. 4 C. VII, 34 *In quibus causis cessat longi temp. pr.* e la c. 7 C. III, 31 *De pet. hered.* espongono l'opinione adottata in questo paragrafo in termini così precisi che noi non possiamo attenerci alla interpretazione di Rosshirt, per quanto sottile ella sia. Del nostro parere è Arndis nel *Mus. ren.* Arn. II, t. 2, p. 137, e Unterholzner nello stesso *Mus. ren.* V, 3, p. 268, 276. Di opinione diversa è G. F. P. negli *Annali* di Schunck p. 268-276, e Fritz nelle sue *Illustraz.* a Wening, II, p. 332.

(*z*) D XLI, *Pro legato.*

(*aa*) fr. 4 fr. 9 D. hujus tit.

(*bb*) fr. 7 D. eod.

(*cc*) fr. 2, fr. 4 D. eod. « *veluti si Titio legatum sit, quum sint duo Titii* ».

(*dd*) fr. 17 D. XLI, 3 *De usurp.*

(*ee*) fr. 4 § 1 D. XLI, 10 *Pro suo.*

(*ff*) fr. 13 § 1 D. XII, 2 *De jurejur.* Arndis nell'*Arch. per la Prat. civ.* XIII, 2, p. 283, annovera, fra i titoli validi per usucapire, anche una sentenza pronunziata in petitorio e passata in giudicato, appoggiandosi all'analogia fra un compromesso ed una sentenza e richiamandosi specialmente al fr. 3 D. VI, 2 *De publ. in rem. act.* Ma le obbiezioni opposte a una tale opinione da Danz nel *Giorn. pel Dir. civ. e Proc. civ.* V, 2, p. 273, non sembrano senza peso.

debba interrotto col trasferire la cosa ad un altro possessore, lo abbiamo già fatto osservare (§ 215 verso il fine).

Il tempo dell'usucapione ordinaria dura per le cose mobili 3 anni, per le immobili 10 anni fra i presenti, e 20 fra gli assenti. Si chiamano poi presenti il possessore ed il proprietario, quando hanno ambedue il loro domicilio nella stessa provincia (*a*).

Se il possessore era in parte presente ed in parte assente, in tal caso due anni di assenza vengono calcolati come anno di presenza (*b*). Il tempo decorre dal momento dell'ottenuto possesso (*c*) e finisce col principio dell'ultimo giorno (*d*).

§ 219.

Tempo per l'usucapione straordinaria.

(Extraordinaria, longissimi temporis praescriptio).

Per regola, tutte le cose che possono essere in proprietà di persone private soggiacciono all'usucapione ordinaria, qualora non se ne abbiano fatte delle particolari eccezioni, o per riguardi pubblici, od in favore del loro proprietario. All'usucapione o prescrizione di 30 anni soggiacciono:

1. cose possedute senza un giusto titolo (*a*);
2. cose rubate, e prese colla forza, tranne se l'impedimento fosse stato tolto per essere le cose di nuovo tornate al loro primo proprietario (*b*);
3. beni immobili, che senza consaputa del proprietario furono di mala fede alienati da un terzo (*c*);
4. cose che appartengono al *peculium adventitium* dei figli di famiglia, e che il padre, durante la patria podestà, alienò in un modo ingiusto; in tal caso il tempo della prescrizione comincia a decorrere soltanto dopo il termine della potestà (*d*);
5. cose fiscali, ed il patrimonio del principe (*e*);
6. cose dei minorenni puberi per cui viene computato il tempo della minorennità (*f*).
7. la facoltà lasciata con testamento, e dall'erede inalienabile per doverla in seguito restituire a qualcheduno come legato o come fedecommesso (*g*).

Finalmente alcune cose soggiacciono soltanto ad una prescrizione di 40 anni, cioè le cose immobili delle Chiese e delle pie corporazioni (*h*), i beni patrimoniali del principe, ed in gene-

(*a*) c. 12 C. VII, 33 *De praescr. long. temp.*
(*b*) Nov. 119, c. 8.
(*c*) fr. 12 in fine C. VII, 33. — c. unic. C. VIII, 31 *De usucap. transfer.*
(*d*) Qui ha dunque luogo la computazione civile (§ 100), fr. 6, 7 D. XLI, 3. — fr. 15 pr. D. XLIV, 3 *De div. temp. praescr.*

(*a*) Poichè falsa è l'opinione di Kaufmann (II, § 99) che non sia immaginabile il caso, che taluno possa esser possessore di buona fede, senza aver un legittimo titolo. Veggasi il § 216 nota i e la c. 8 § 1 C. VII, 39 *De praescr. XXX vel XL annor.* — c. 14 C. XI, 61 *De fund. patrim.* « *Jubemus omnes .... qui ex quocumque titulo, vel etiam* sine titulo, *hactenus possederunt ... nullam ... actionem vel molestiam formidare* ».
(*b*) §§ 3, 8 *Inst.* II, 6 *De usucap.* — fram. 4 §§ 6 12 et seqq. §§ 22, 28, fr. 33 § 2 D. XLI, 3
(*c*) Nov. 119, c. 7.
(*d*) Nov. 22, c. 24 in fine.
(*e*) § 9 *Inst.* II, 6. — fr. 18 D. XLI, 3 Confr. le note più sotto.
(*f*) c. 3 C. VII, 39 *De praescr. 30 vel 40 ann.* Confr. c. 5 C. II, 41 *In quibus causis restit. in integr. necessaria non est.* c. 3 C. VII, 35 *Quibus non objic. longi temp. praescr.*
(*g*) c. 3 § 3 C. VI, 43 *Communia de legat. et fideicomm.*
(*h*) Nov. 111 e 131, c. 6. — Giustiniano colla c. 24 C. I, 2 *De sacrosanct. Eccles.* e colla Nov. 9 accordò alle chiese ed alle città la prescrizione straordinaria di 100 anni; essendosene ben tosto pentito rivocò un tal privilegio, ch'era stato comperato da Triboniano a peso d'oro per ciò che ci racconta Procopio, e concesse soltanto alle chiese ed ai corpi pii la prescrizione di 40 anni rispetto ai loro beni immobili. Non si deve avere riguardo all'auten. *Omnes actiones* ad c. 25 C. I, 2, poichè la medesima non concorda col di lei originale, cioè colla Novella 31 (§ 32).

rale tutte quelle cose circa le quali fu cominciato un processo, ma poi interrotto (*i*); cosicchè la prescrizione di 40 anni comincia a decorrere dal momento in cui fu rilasciato l'ultimo giudiziale decreto, dopo di cui ambe le parti abbandonarono il processo (*k*).

Questa usucapione straordinaria ha luogo quando taluno acquistò di buona fede il possesso di una cosa, ed è difeso contro il proprietario, mediante estinzione dell'azione ad esso competente (*l*). Da ciò segue eziandio, che il tempo di questa usucapione comincia dal momento in cui nasce per l'avversario l'azione, e che viene calcolato appunto nello stesso modo come nella prescrizione estintiva delle azioni. Non è poi necessario ripetere che anche qui viene calcolato il tempo del possesso avuto dal rispettivo autore (*m*).

Se una cosa, in virtù di privilegio, non soggiace alla prescrizione ordinaria, e durante il tempo della prescrizione passa ad una persona non privilegiata, in tal caso basta contro di questa la prescrizione ordinaria (*n*); se al contrario una cosa soggetta alla prescrizione ordinaria durante il corso della medesima passa ad una persona privilegiata, basta anche contro di questa la prescrizione ordinaria (*o*).

§ 220.

Esposizione sommaria degli altri modi di acquistare la proprietà.

La *proprietà* si può acquistare ancora in altre diverse maniere: così trattandosi del diritto sulle cose nascente dal matrimonio abbiamo veduto che il conjuge, il quale passa a seconde nozze, perde in vantaggio dei figli del primo matrimonio tutto ciò ch'egli riconosce dalla liberalità del primo conjuge, s'egli lo ha già perduto pel solo scioglimento del primo matrimonio (§ 137), come abbiamo pure veduto che dopo l'avvenuta separazione dei conjugi i beni del consorte colpevole passano in parte al conjuge esente da colpa, ed in parte ai figli (§ 136).

Trattandosi del diritto ereditario, appartiene a questa categoria la successione dell'erede nei beni del defunto, la successione fedecommissaria mediante restituzione del fedecommesso, e la successione singolare, se il testatore legò una cosa determinata sua propria.

Trattandosi del diritto delle obbligazioni sono da notare l'aggiudicazione giudiziale, se fu intentata un'azione per divisione (*a*), e l'acquisto dell'intiero edifizio, se uno dei comproprietarj supplì egli solo alle spese di riparazione, e l'altro non gli pagò entro quattro mesi la sua quota insieme agl'interessi (*b*).

Inoltre i pupilli e minorenni acquistano la proprietà di quelle cose che i tutori o curatori comprarono per sè

(*i*) c. 14 C. XI, 61 *De fundis patrimon*. Molti vogliono da questa costituzione desumere, che non si possano prescrivere le cose in genere del fisco e del principe che dopo 40 anni; ma quella costituzione parla soltanto del patrimonio immobile, ed è nota la massima, che i privilegi non si estendono. La nostra opinione è contenuta in termini abbastanza chiari nella c. 6 C. XI, 65 *De fundis privat*. Vedi Warnkönig I, n. 167 not. 3 e Wening I, § 45 nota g.

(*k*) c. 9 in fine C. VII, 39. — c. 1 § 1 in fine C. VII, 40 *De annal. except.*

(*l*) c. 8 § 1 C. VII, 39. Contro l'opposta opinione di Unterholzner nella sua *Dottrina novissima della prescrizione* § 177, c. 178, veggasi Fritz nel *Giornale pel Dir. e Proc. civ.* III, 3 p. 435.

(*m*) c. 14 C. XI, 61 *De fundi patrimon.*

(*n*) fr. 42 D. XXVI, 7 *De administr. et peric. tutor.* - fr. 24 § 1 D. XLI, 3 *De usurp. et usucap.* — fr. 68 D. L. 17 *De reg. jur.* S'intende già dall'epoca che la cosa passò in proprietà d'una persona non privilegiata.

(*o*) fr. 2 § 13, 14 D. XLI, 4 *Pro emt.*

(*a*) § 7 *Inst.* IV, 17 *De officio jud.*

(*b*) fr. 52 § 10 D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. 4 C. VIII, 10 *De aedif.*

in proprio nome, col danaro dei pupilli o curandi (*c*); in egual modo diventano proprietarii i soldati di ciò che un altro si procacciò in proprio nome col loro danaro (*d*).

Finalmente i consorti di una comunione dei beni generali diventano reciprocamente proprietarii nello stesso momento che viene conchiuso il contratto di società (*e*).

TITOLO III.

Delle azioni nascenti dal diritto di proprietà.

§ 221.

I. *Dell'azione di proprietà* (*a*).

Nozione della medesima, a chi e contro chi essa competa.

L'azione di proprietà (*rei vindicatio*) è quell'azione reale, con cui il proprietario ripete da qualunque possessore e detentore la cosa propria con ogni suo accessorio (*cum omni causa*). Essa dunque compete al proprietario di una cosa corporale (*b*), ed è indifferente che la sua proprietà sia piena o meno piena, revocabile o irrevocabile, limitata od illimitata; tranne se l'esercizio del diritto di proprietà fosse per qualche tempo intieramente sospeso (*c*). E l'attore anche se al momento dell'incominciato processo non era proprietario, perchè il convenuto venga condannato, basta che quegli abbia acquistata la proprietà prima della emanazione della sentenza (*d*).

L'azione ha luogo non solo contro il possessore, ma eziandio contro il detentore (*e*); ma quelli che posseggono o detengono la cosa senza la volontà di esercitare sopra la medesima i diritti di proprietà, si possono liberar dall'azione col nominar il loro autore, cioè colui dal quale essi derivano il possesso o la detenzione (*nominatio, laudatio auctoris*); ma se essi ciò trascurano, sono obbligati a pagare, come finti possessori, il prezzo di stima (*litis aestimatio*) (*f*). Per possessori finti, come abbiamo veduto (§ 180 in fine), vengono tenuti quelli che provocano la lite (*g*) o abbandonano dolosamente il possesso (*h*), ed il proprietario ha diritto di rivendicare ancora la cosa dal vero possessore, quantunque ne abbia acquistato il prezzo dal finto possessore (*i*); ma all'incontro questi viene liberato da ogni prestazione, se fu prima impetito il vero possessore, e se fu da questo restituita la cosa (*k*). Del resto il convenuto può venir condannato alla restituzione, benchè egli all'epoca della contestazione di lite non possedesse la cosa di cui si tratta, purchè la possegga al momento che viene emanata la sentenza (*l*).

Se il possessore morì innanzi il termine del processo, fra più eredi può

(*c*) fr. 2 D. XXV, 9 *Quando ex facto tut.* Löhr nel *Magaz.* VI, p. 140-145, è d'opinione diversa

(*d*) c. 8 C. III, 32 *De rei vind.*

(*e*) fr. 1 § 1, fr. 2 D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*a*) D. VI, 1 *De rei vind.* — C. III, 32 *De rei vind.*

(*b*) Più tardi l'azione publiciana venne estesa anche alle cose incorporali. Confronta § 225 nelle note.

(*c*) Non può quindi un figlio di famiglia durante la patria potestà, rivendicare cose che appartenevano al peculio avventizio e che il padre avea illegalmente alienate, c. 1 § 2 C. VII, 40 *De annal. except.*

(*d*) arg. fr. 27 § 1 D. VI, 1. — arg. fr. 9 § 5 D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*e*) fr. 9 D VI, 1.

(*f*) c. 2 C. III, 19 *Ubi in rem. actio*, in confronto col fr. 25, fr. 27 pr. D. VI, 1 Confr. Glück VIII § 586.

(*g*) Ma è necessario che il reo convenuto abbia già contestata la lite, e che l'attore non sapesse che l'avversario non era il possessore, fr. 25-27 pr. D. VI, 1.

(*h*) fr. 27 § 3, fr. 36 pr. D. VI, 1. — fr. 157 § 1 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*i*) fr. 7 D. VI, 1.

(*k*) fr. 13 § 14 D. V. 3 *De hered pet.*

(*l*) fr. 27 § 1 D. VI, 1, hujus tit.

venir condannato soltanto quello che acquistò il possesso della cosa (*m*).

Se qualcheduno possede una cosa colla intenzione di esercitare sulla medesima i diritti di proprietà, ma ne contraddisce il possesso, questo viene in di lui pena trasferito nell'attore, ma con riserva di tutti quei diritti che competono al convenuto sulla stessa (*n*).

§ 222.

Oggetto dell'azione di proprietà.

Con quest'azione domandiamo una cosa corporale insieme ad ogni suo accessorio, e perciò:

1. la cosa stessa, tanto se è una cosa singola, quanto se è un complesso di cose (*a*), non solo per intiero, ma anche in parti determinate (*b*); la domanda di una parte indeterminata ha luogo soltanto se vi è una causa legittima (*c*). Una intiera facoltà, come un peculio od una eredità, ovvero obbligazioni personali (*obligationes*), non sono oggetto di rivendicazione. Ma documenti rilasciati sopra obblighi personali, e testamenti scritti si possono rivendicare (*d*).

2. Col nome di accessorio s'intende ogni pertinenza che il convenuto deve restituire (*e*).

Riguardo ai frutti, il possessore di buona fede deve restituire quelli che ancora esistono (*f*), ma egli non è responsabile per quelli che furono già consumati od alienati, benchè se ne fosse arricchito: un possessore di mala fede, al quale dopo la contestazione di lite, viene pareggiato anche un possessore di buona fede, deve risarcire non solo i frutti esistenti e consumati, ma benanche quei frutti che avrebbe potuto ricavare un diligente padre di famiglia (*g*). Se la cosa perì, si possono ancora rivendicare i frutti esistenti (*h*); ma non si possono essi ripetere singolarmente se l'azione non fu estesa anche ai frutti, e perciò la cosa venne restituita senza di questi (*i*); poichè i frutti precetti, prima d'intentare l'azione, devono essere dall'attore domandati, e soltanto quelli che furono precetti posteriormente o che sono ancora da percepirsi devono essere dal giudice aggiudicati d'officio (*k*).

La restituzione della cosa, coi suoi accessorii, deve seguire subito dopo la emanazione della sentenza, purchè il giudice non abbia stabilito un termine più lungo (*l*), ed in quel luogo dove si trova la cosa; tuttavia le cose mobili possono ad inchiesta dell'attore venir domandate anche altrove, se egli si assume le spese del trasporto: anzi egli non è neppur obbligato di pagare spese, se il convenuto trasportò dolosamente la cosa in un altro luogo da quello dove fu il processo incominciato (*m*).

Se la cosa di cui si tratta perì, o sofferse qualche lesione, si può domandare il risarcimento del danno secondo i seguenti principii. Se la cosa è perita per intiero prima che l'azione rivendicatoria fosse accampata ed intimata al convenuto, in tal caso si può

(*m*) fr. 42, fr. 55 D. hujus tit.

(*n*) fr. ult. D. hujus tit. — Nov. 18, c. 10.

(*a*) fr. 1 §§ 1, 3, fr. 3 pr., fr. 23 § 6 D. hujus tit. Veggasi il fr. 56 D. eod. e il § 377 n. 2, come altresì le note più sotto.

(*b*) fr. 8 fr. 49 § 1 D. hujus tit.

(*c*) fr. 75 § 1 D. hujus tit.

(*d*) fr. 3 D. XXIX, 3 *Testam. quemad.*

(*e*) fr. 17 § 1, fr. 20, fr. 23 § 2-4 D. hujus tit.

(*f*) fr. 4 § 19 D. XLI, 3 *De usurp.*

(*g*) § 35 *Inst.* II, 1 *De rer. div.* — § 2 *Inst.* IV, 17 *De off. jud.* — c 22 C. III, 32 hujus tit.

(*h*) fr. 17 § 1, fr. 79 D. hujus tit.

(*i*) c. 3 C. VII, 51 *De fructib. et litium expens.*

(*k*) fr. 35 § 1 D. hujus tit. — fr. 25 § 8 D. XXI, 1 *De aedil. edict.*

(*l*) § 2 *Inst.* IV, 17 *De off. jud.*

(*m*) fr. 10-12 D. hujus tit. — fr. 11 § 1 D. X, 4 *Ad exib.* — fr. 38 alle parole: *Si autem* D. V, 1 *De jud. et ubi quisque.*

pretendere il suo prezzo soltanto dal possessor finto (§ 221) (*n*). Ma se la cosa perisce dopo cominciato il processo, o fu deteriorata quando che sia, allora bisogna distinguere fra il possessore di buona e di mala fede: quello non è tenuto a nulla prima della intimazione del libello (*o*), ma dopo di questa è obbligato del pari che un possessore di mala fede, senza peraltro essere responsabile pel caso fortuito (*p*). Un possessore di mala fede è responsabile per ogni colpa (*q*) e dopo intimato il libello anche pel caso; e s'egli è un ladro od un assassino, è responsabile in ogni caso (*r*); ed altri possessori di mala fede lo sono almeno allora quando la cosa non sarebbe presso l'attore perita (*s*), o se l'attore avrebbe ancora avuto occasione di alienare la sua cosa innanzi che il caso l'avesse colpita, se fosse stata restituita prima (*t*).

§ 223.

Ciò che l'attore deve prestare al convenuto.

In regola il convenuto non può ripetere dall'attore il prezzo ch'esso pagò per la cosa rivendicata (*a*), e non gli compete che l'azione all'evizione contro il suo autore; tranne i seguenti casi:

1. se il possessore s'impadronì della cosa come procuratore senza mandato (*b*).

2. se essa altrimenti sarebbe perita, come p. e. se qualcheduno la riscattò dal nemico (*c*).

3. se il prezzo fu impiegato in favor dell'attore (*d*).

Ma se il convenuto fece delle spese per la cosa stessa, o pei frutti, devono queste per lo più venir dall'attore pagate.

1. Se vennero fatte delle spese pei frutti che vengono restituiti, devono sempre venir dall'attore pagate (*e*).

2. Le spese necessarie fatte per la cosa stessa possono essere dedotte da ogni possessore, ad eccezione del ladro (*f*); le utili possono soltanto separarsi dal possessore di mala fede; ma il possessore di buona fede ha diritto di dedurle se sono moderate, e se la cosa in virtù delle medesime trovasi ancora in uno stato migliore di prima; ma se sono così grandi, che il vero proprietario non le avrebbe fatte, in tal caso non ha neppur egli sennochè il diritto di separarle (*g*): In simil guisa non possono che venir separate le spese fatte per solo piacere, qualunque sia il possessore (*h*). Ogniqualvolta poi da noi si aggiudicò al convenuto il diritto di levare le spese, si è sempre supposto che queste si possano staccare senza pregiudizio della cosa principale, che esse inoltre prestino un vantaggio anche dopo seguita la separazione, e che l'attore non voglia dare quanto il convenuto

(*n*) Wening I, 2 § 20.
(*o*) arg. fr. 31 § 3 D. V, 2 *De hered. pet.*
(*p*) fr. 45 D. hujus tit. — fr. 40 pr. D. V. 3.
(*q*) fr. 13, 45 D. hujus tit.
(*r*) arg. fr. 7 § 2, fr. 8 pr. § 1 D. XIII, 1 *De condict. furt.*
(*s*) fr. 30 § 1 D. XII, 2 Confr. col fr. 14 § 1 D. XVI, 3 *Depositi*,
(*t*) fr. 15 § 3 D. hujus tit. — fr. 40 pr. D. V, 3 *De hered. pet.*
(*a*) c. 3 c. 23 C hujus tit. (III, 32).
(*b*) fr. 6 § 8 D. III, 5 *De negot. gest.* — c. 11 C. II, 19 *De negot. gest.*
(*c*) fr. 6 D. XLIX, 15 *De captiv. et postlim.*
(*d*) c. 14, 16 C. V, 77 *De praed. minor.*
(*e*) fr. 36 § ult. D. V, 3 *De hered. pet.* — fr. 46 D. XXII, 1 *De usur.* — c. 1 C. VII, 51 *De fruct.*
(*f*) c. 5 C. hujus tit. (III, 32) — fr. 13 D. XIII, 1 *De condict. furtiv.*
(*g*) fr. 38 D. hujus tit. (VI, 1). Il possessore di mala fede non ha dunque altro diritto che quello di levare tutto ciò che ha speso per utile della cosa, e se ciò non è possibile, di esigere dall'attore tanto quanto corrisponde all'utile che questo ritrae dalle spese fatte, c. 1. C. VIII, 52 *De inf. expos.* Sell nei suoi *Saggi* I, p. 6.
(*h*) fr. 9 D. XXV, 1 *De impens. in rem dol. fact.*

potrebbe acquistare per la cosa levata (*i*). Nel resto sotto il titolo di spese si può dedurre o levare solamente ciò che eccede il valore dei frutti percetti, poichè questi si compensano colle spese (*k*).

Finalmente resta da notarsi che il convenuto pel compenso delle medesime si può servire soltanto del diritto di ritenzione, ovvero della *exceptio doli*; e se non è più in possesso, non gli compete, a rigor di legge, alcuna azione (*l*). (Confronta però il § 211 nota *c*).

§ 224.
Della prova che deve istituire l'attore.

L'attore deve provare tanto il possesso dell'avversario, quanto anche la sua proprietà. Riguardo alla prova del possesso, l'attore può interpellare il convenuto in giudizio se egli possegga (*a*), e se questi nega falsamente il proprio possesso, abbiamo già veduto di sopra ch'esso lo perde in pena della sua negativa (§ 221 in fine).

Riguardo alla prova della proprietà bisogna distinguere, se l'attore sostiene di averla acquistata mediante la volontà del proprietario anteriore, ovvero in altra guisa; in quest'ultimo caso basta la prova del fatto con cui l'attore conseguì la proprietà, come p. e. della occupazione, dell'accessione, della usucapione, della tradizione seguita per mezzo del fisco (§ 213 n. 1 in fine); ma se qualcheduno deriva il proprio diritto da un autore diverso dal fisco, l'attore deve provare non solamente il giusto suo titolo, ma eziandio la proprietà del suo autore, ciò ch'egli può fare o dimostrando che il suo autore immediato, od uno degli autori antecedenti abbia acquistata la cosa mediante un tal fatto da cui nasce per sè stesso il diritto di proprietà, ovvero provando di aver posseduto egli solo, o coi suoi autori, la cosa per tutto il tempo dell'usucapione senza interruzione (*b*).

(*i*) fr. 38 D. hujus tit.
(*k*) fr. 48, fr. 65 pr. D. hujus tit.
(*l*) fr. 48 D. hujus tit.
(*a*) fr. 20 § 1 D. XI, 1 *De interrog in jure fac.*
(*b*) fr. 20 pr. D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

§ 225.
II. *Dell'azione Publiciana.*

A quello che ricevè una cosa in buona fede da chi non ne era proprietario e perdè poi il possesso della medesima prima che sia trascorso tutto il tempo dell'usucapione, accordò il Pretore Pubblicio un'azione contro chiunque avesse un diritto più debole di lui (*qui infirmiori jure possidet*) (*a*), tendente a conseguire la cosa insieme a' suoi accessorii; perciò riguardo all'effetto non v'è differenza tra l'azione di proprietà e l'azione Publiciana: riguardo alla prova nell'azione pretoria basta provare il giusto titolo, e trattandosi di quelle convenzioni, in cui la proprietà non si può acquistare che mediante la tradizione, basta provare che la cosa sia stata consegnata, e per conseguenza anche il possesso trasferito all'attore; mentre all'incontro nell'azione di proprietà bisogna provare anche la proprietà dell'autore (*b*). La

(*a*) F. Eckenberg *De Publiciana in rem actione* Lips. 1821. Appartiene qui in parte anche Nippel nel *Giornale della Giurisprudenza Austriaca* del Professor Wagner. Vienna 1825, fasc. III, p. 137. Sul quesito *quando si possegga per un diritto più debole*, vedi gli esempi addotti da Thibaut nell'*Arch. per la Prat. civ.* VI, 3, p. 325-327.
(*b*) Alcuni sostengono che, secondo il Diritto romano novissimo, non ci sia differenza fra l'azione di proprietà e l'azione publiciana nemmen rispetto alle prove; ma una tale opinione manca d'appoggio. Veggasi in proposito di questa controversia promossa in questi ultimi tempi da Thibaut *Intorno la prova dell'azione di proprietà* nell'*Arch. della Prat. civ.* VI, fasc. 3. — Unterholzner *Supplemento sulla prova dell'azione di proprietà* nello stesso *Arch.* VII, 2. — Henschel

buona fede viene presunta, e basta ch'essa abbia esistito al momento che si acquistò il possesso (*c*).

In seguito quest'azione venne dai giureconsulti estesa anche a tali casi, in cui si può acquistare la proprietà di una cosa anche senza consegna, come ai legati (*d*), e perfino a cose incorporali, p. e. le servitù (*e*). Quest'azione può essere del pari validamente intentata contro di quello a cui la cosa fu consegnata dal medesimo non proprietario, ma più tardi; ma se la cosa fu consegnata da diversi non proprietarii, il possessore ne ha la preferenza (*f*). Inoltre si può servire di quest'azione anche quegli che acquistò una cosa da un minorenne di cui egli non conosceva la età (*g*), o da un furioso ch'egli riputava sano di spirito (*h*).

Sulla prova di proprietà, e Falkenstein sull'oggetto stesso nel detto *Arch.* IX, 3, p. 316, e X, 2. Sono finalmente rimarcabili le osservazioni contenute negli *Annali* di Schunck I, 1, p. 4, e nel *Giornale* di Tubinga III, 3, p. 462. Ultimamente anche P. L. Kritz nella sua *Esposizione di materiali prat.* T. I, Dresda e Lipsia 1831. *Sull'azione di proprietà, e quella publiciana*, sostiene che non vi sia differenza fra queste due azioni rispetto alla prova; tuttavia i motivi da lui addotti non sembrano atti ad indurci a deviare dalla dottrina comune, come osservasi anche nel giudizio contenuto intorno a quest'opera nel *Giornale della letteratura*, Jena, 1832, n. 63.

(*c*) fr. 7 § 11, 14, 16 D. VI, 2. — c. 30 C. VIII, 45 *De evict.* La mala fede posteriore del possessore non osta quindi a cotesta azione. Confronta § 215, IV.

(*d*) fr. 1 § 2, fr. 2 D. VI, 2.

(*e*) fr. 11 § 1 D. VI, 2 — fr. 12 § 2, 3 D. eod.

(*f*) fr. 9 § 4 D. VI, 2 — fr. 14 D. XX, 4 *Qui potior. in pignor.* Non si oppone il fr. 31 § 2 D. XIX, 1 *De act. emt.*, poichè Nerazio, in questo frammento espose soltanto la contraria opinione dei Proculeiani, mentre nei tribunali, per testimonianza di Ulpiano, nel fr. 9 § 4 D. VI. era invalsa l'opinione dei Sabiniani: *Quae sententia vera est.* I compilatori delle Pandette avrebbero quindi dovuto ommettere intieramente il fr. 31, o almeno mutarlo, Glück *Comm.* VIII, 359 e seg.

(*g*) fr. 7 § 4, fr. 2 D. VI, 2.

(*h*) fr. 7 § 2 D. VI, 2. — fr. 2 § 16 D. XLI, 4 *Pro emtore.* Confronta Glück *Comm.* VIII, pag. 359 e seguenti.

Quantunque quest'azione in regola non possa venire intentata contro il proprietario stesso, vi sono tuttavia le seguenti eccezioni:

1. se l'attore può abbattere l'eccezione del proprietario colla *replicatio doli*, ovvero *in factum*; come p. e. se chi consegnò la cosa all'attore, ne acquistò la proprietà soltanto posteriormente (*i*), ovvero
2. se il proprietario acquistò prima il prezzo di stima della cosa, e poi la cosa stessa in natura (*k*);
3. se l'attore ricevè la cosa da chi non ne era proprietario, e per un titolo tale per cui si avrebbe potuto impetire il proprietario medesimo, come p. e. trattandosi della *noxa* (*l*);
4. s'egli può valere dell'eccezione della cosa giudicata in un processo anteriore (*m*);
5. se egli prestò il giuramento deferitogli dal proprietario (*n*), ovvero se
6. fu immesso nel possesso mediante un secondo giudiziale decreto (*o*).

Del resto tanto i teoretici che i pratici accordano al proprietario d'istituire oltre l'azione rivendicatoria anche la Publiciana, affinchè il possessore di buona fede non sia a miglior partito che il proprietario medesimo.

CAPITOLO III.

Della locazione ereditaria.

§ 226.

Nozione ed origine della locazione ereditaria (*a*).

La locazione ereditaria (*emphyteu-*

(*i*) fr. 72 in fine D. VI, 1.

(*k*) fr. 63 D. VI, 1.

(*l*) fr. 28 D. IX, 4 *De noxal. act.*

(*m*) fr 24 D. XLIV, 3 *De except. rei jud.*

(*n*) fr. 7 § 7 D. VI, 2.

(*o*) fr. 18 § 15 D. XXIX, 2 *De damno infecto.*

(*a*) D. VI, 3 *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.* — C. IV, 66 *De jure emphyteutico.* — Thibaut *Diss. civ.*, Heidelberga 1814,

sis) (*b*) è un diritto reale sopra una cosa immobile (*c*) altrui (*d*), in virtù del quale si può adoperare e godere la medesima (*e*) verso un'annua prestazione (*f*), ed alienarla tanto fra vivi, quanto in causa di morte (*g*).

Sembra che l'origine di questo diritto debba attribuirsi dai fondi municipali, i quali verso un'annua gabella (*vectigal*) venivano locati in perpetuo, motivo per cui si chiamavano anche *agri vectigales*. In seguito vennero in tal guisa locati i beni patrimoniali dell'Imperatore, e poi i fondi delle chiese, e perfino quelli delle persone private, e furono tutti compresi sotto il nome generale di fondi enfiteutici.

§ 227.

Diritti del conduttore ereditario.

Il diritto del conduttore (*emphyteuta*) si avvicina molto alla proprietà, poichè:

I. riguardo ai frutti, egli può usufruire la cosa in maniera che i frutti diventano sua proprietà mediante la sola separazione (§ 212). Ma quell'accessione che non si può annoverare fra i frutti non appartiene in alcun modo a lui, come p. e. il tesoro che un estraneo ritrova sul fondo enfiteutico (*a*).

II. Riguardo alla sostanza della cosa, egli

1. ne può liberamente disporre, purchè non la deteriori (*b*); egli può

2. aggravarla di servitù (*c*) e d'ipoteche (*d*), anzi

3. alienare perfino il suo diritto a persone capaci tanto fra' vivi, quanto in causa di morte (*e*). Dopo la morte del conduttore ereditario, il suo diritto passa tanto negli eredi testamentarii, quanto nei legittimi (*f*). Ma se vi sono più eredi, il bene enfiteutico non può essere fra loro diviso, affinchè si possa ripetere da tutti solidariamente la prestazione del canone (*g*).

4. Finalmente egli è possessore del bene enfiteutico, e perciò esso ha diritto agl'interdetti (*h*), e può anche rivendicare la cosa da qualsiasi detentore (§ 231).

p. 266-284. — Hufeland *Sul vero spirito del Diritto rom.*, Giessen 1816, II, n. 8.

(*b*) La parola *emphyteusis* vien qui presa pel diritto reale; essa significa del resto anche il bene immobile o il contratto di locazione ereditaria, da cui risulta il diritto suddetto.

(*c*) Molti Giureconsulti attribuirono, ad esempio dei Glossatori, all'enfiteuta il dominio utile, ed al proprietario della cosa il dominio diretto (§ 200), veggasi però il fr. 3 § 4 D. XXVII, 9 *De rebus eor.* — fr. 71 § 5, 6 D. XXXIX, 2 *De damno infect.* — c. 1-3 C. IV, 66 *De jure emphyt.* — Non ostano la c. 4. c. 12, c. 14 C. XI, 61 *De fundis patrimon.* — c. 5 C. XI, 69 *De divers. praed. urb.* Confr. Thibaut nelle *Dissertazioni* di sopra citate. — Appoggiandosi agli ultimi passi ora addotti Hufeland, p. 77, sostiene *che la natura dell'enfiteusi non è sempre la stessa, ma ch'ella si deve risguardare ora come un diritto reale sopra una cosa altrui, ora come una vera proprietà.*

(*d*) Si possono dare in enfiteusi non solo beni fondi, ma anche edifizi, fr. 15 § 26 D. XXXIX, 2 *De damno infecto.* — Nov. 7, c. 3 § 2. — Novella 120, c. 1 § 2.

(*e*) In regola un tale diritto è perpetuo, fr. 3 D. VI, 3 *Si ager vectigalis.* — Novella 7, c. 3, 7. — Nov. 120, c. 6 § 1.

(*f*) § 3 *Inst.* III, 24 *De locat. et conduct.*

(*g*) In ciò specialmente l'enfiteusi diversifica dalle servitù (§ 271).

(*a*) arg. § 39 *Inst.* II, 1 *De rer. div.* — fr. 7 § 12 D. XXIV, 3 *Solut. matr.* D'altro avviso sono coloro che attribuiscono all'enfiteuta un diritto di proprietà, come p. e. Kaufmann § 114, n. II.

(*b*) Nov. 7 cap. 3 § 2

(*c*) arg. fr. 1 § ult. D. XLIII, 19 *De superfic.* (§ 288).

(*d*) fr. 16 § 2 D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*e*) § 3 *Inst.* III, 24 *De locat.* — fr. 71 § 6 D. *De legat.* I. — c. 1 C. XI, 61 *De fund. patrimon.*

(*f*) § 3 *Inst.* III, 24 *de locat.* Ciò vale tanto delle enfiteusi su beni laici, che di quelle sui beni ecclesiastici, tranne il caso che l'enfiteusi fosse stata conchiusa solo per un dato tempo, mentre la Nov. 7, 1, 3 pr. venne modificata dalla Novella 120, c. 6 § 1.

(*g*) fr. 9 fr. 10 D. X, 2 *Famill. ercisc.* confr. col fr. 7 pr. D. X, 3 *Comm. divid.*

(*h*) fr. 15 § 1 D. II, 8 *Qui satisdare cog.* — fr. 25 § 1 D. XXII, *de usur.*

§ 228.

Diritti del proprietario.

Il proprietario (*dominus emphyteuseos*) ha:

1. Il diritto ad un annuo canone (*pensio, canon*), il quale non viene nè innalzato per aumento delle rendite del fondo, nè abbassato per diminuzione delle medesime in causa di sterilità, d'invasione nemica ec., poichè soltanto pel deperimento dell'intiero fondo cessa anche l'obbligo di pagare il canone (*a*). Più possessori del fondo enfiteutico sono obbligati in *solidum* (*b*).

2. Se il bene enfiteutico viene alienato (*c*), il proprietario può pretendere dal nuovo enfiteuta la cinquantesima parte del vero prezzo, o della somma pattuita nella vendita, la qual prestazione ai giorni nostri si chiama *laudemio* (*d*). Il proprietario non può impedire l'alienazione, tranne s'egli potesse provare che il fondo nelle mani del nuovo enfiteuta andrebbe soggetto a deterioramenti, e che questi non sia atto al pagamento del canone L'enfiteuta però non è tenuto a prestar cauzione se non se trattandosi di beni dello Stato, o di beni patrimoniali del Sovrano (*f*). Se il proprietario stesso è pronto a dare ciò che offrono altri compratori, compete a lui.

3. Il diritto di prelazione, che tuttavia deve far valere entro due mesi (*g*).

4. Egli può pretendere che il bene enfiteutico non si deteriori colla coltura (*h*); e perciò non è tenuto a risarcire quelle spese che vennero fatte per la coltura del fondo, od altrimenti per altre cause necessarie (*i*).

Finalmente ha il diritto di chiedere che l'enfiteuta paghi le imposte, benchè riferibili ad epoche anteriori (*k*).

(*a*) § 3 *Inst.* III, 24 *de locat. conduct.* — c. 1 C. IV, 66 *de jure emphyt.* — c. 3 C. VII, 41 *de alluv.* Non si oppone il fr. 14 § 4 D. XIX, 1, *Locati*, poichè le parole: *Hoc idem et in vectigali damno respondi* » si riferiscono alla remissione del canone che per date circostanze si concedeva agli abboccatori dei pubblici dazi. Vegg. Glück *Comm.* VIII, § 605, p. 417 e T. XVII, § 1056, pag. 471. Di opinione differente è Mühlenbruch II, p. 408 n. 5.

(*b*) fr. 7 pr. D. X, 3 *Communi div.*

(*c*) È indifferente in qual modo avvenga l'alienazione, se per vendita, per donazione o per legato, c. 3 C. IV, 66 *de jure emphyt.* Siccome però l'erede rappresenta il defunto, così esso va esente dal laudemio.

(*d*) c. 3 C. IV. 66 eod.

(*f*) c. 7 C. eod.

(*g*) c. 3 C. eod.

(*h*) Nov. 7, c. 3 § 2. — Nov. 120, c. 8. Non appartiene fra i doveri dell'enfiteuta anche il miglioramento del fondo, Hufeland nell'opera sopra citata, pag. 66.

(*i*) c 2 C. IV, 66 alle parole: « *nulla et in posterum allegatione nomine meliorationis opponenda* ». Nov. 7, c. 3 § 2.

(*k*) c. 2 C. IV, 66 eod. — fr. 7 D. XXXIX, 4 *de publicanis.* — Cujacii *Observ.* I, 5.

§ 229.

Come si costituisca la locazione ereditaria.

Il diritto enfiteutico si fonda per lo più sopra un contratto che ora si risguardava come contratto di compra ed ora di locazione, finchè l'imperatore Zenone stabilì (*a*) ch'esso abbiasi a considerare come un contratto di genere proprio. È poi controversa, fra'giureconsolti, se esso possa venir conchiuso mediante il solo consenso reciproco, e se debba venir eretto in iscritto; ma è espressamente prescritto che per la validità di tale contratto sia necessario un documento scritto, se la parte che dà in locazione ereditaria è una Chiesa (*b*), e nel Codice viene, in termini non equivoci, espresso che ciò debba riferirsi anche

(*a*) c. 1 C. IV, 66 *de jure emphyt.* — § 3 *Inst.* III, 24 *de locat.*

(*b*) Nov. 120, c. 5 e 6.

ai contratti enfiteutici conchiusi con altri (c).

Affinchè poi l'enfiteuta acquisti un diritto reale, ritengono quasi tutti che sia necessaria la tradizione del fondo (d); tuttavia, siccome ciò non si trova in alcun luogo espressamente prescritto, e siccome la tradizione non è neppur necessaria per l'acquisto di altri diritti reali sulla cosa altrui (paragrafi 234, 242 nota *m*, § 288), così sembra più giusta l'opinione che neppur qui si richiegga la tradizione (e). Inoltre, è conforme ai principii generali di diritto il sostenere che l'enfiteusi possa venir costituita anche per mezzo di un testamento.

Finalmente quasi tutti gli scrittori ammettono che il diritto enfiteutico possa venir acquistato anche mediante usucapione, ciò se qualcheduno che non è proprietario dà ad un altro un fondo in enfiteusi, o se il vero proprietario di un fondo paga il canone ereditario ad un altro, il quale da canto suo è in buona fede, ed ha un giusto titolo.

Ma siccome non abbiamo sopra di ciò alcuna legge positiva, e siccome la usucapione è un istituto positivo, così sembra che una tale estensione non sia conforme allo spirito della legge (f).

(c) c. 1-3 C. IV, 66. — Questo contratto viene annoverato fra i contratti consensuali nel § 3 *Inst.* III, 24 *de locat.* solo secondo il Diritto antico; locchè emerge anche da *Inst.* III, 22 *de oblig. ex cons.* Marezoll tenta nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* II, 3, n. 11 d'interpretare la c. 1, C. IV, 66 come segue: l'enfiteusi è un contratto consensuale, se per altro i contraenti voglion stabilire qualche clausola che devii dalle proprietà naturali del medesimo, ciò non ha effetto se non si erige una scrittura. La c. 2 e 3 C. eod. che si adducono a sostegno di tale opinione, sembrano però essere più sfavorevoli che propizie alla medesima.

(d) Fra i più recenti Mühlenbruch II, § 409. - Wening I, 2, § 113. — Seuffert I, § 187.

(e) Warnkönig I, n. 342.

(f) Zimmern, *Disquis. leg. rom.* p. 127.

§ 230.

Estinzione della locazione ereditaria ossia enfiteusi.

L'enfiteusi cessa I. col deperimento dell'intiero fondo enfiteutico, ma non così di una parte di esso (a).

II. se la proprietà del costituente vien revocata *ex tunc* (§ 200).

III. Mediante consolidazione, se cioè l'enfiteuta acquista la proprietà del fondo, p. e. coll'usucapione, ovvero se il diritto enfiteutico viene congiunto colla proprietà, e ciò ha luogo nei seguenti casi:

1. se è spirato il termine fino al quale l'enfiteusi era stata concessa (b);
2. se l'enfiteuta muore senza eredi;
3. se egli abbandona il suo diritto (c), ovvero
4. se il proprietario lo può spogliare del medesimo; giacchè vi sono varii motivi, per cui è permesso al proprietario di revocare a sè il fondo enfiteutico.

a. se non fu cioè pagato il canone per tre anni trattandosi di beni secolari, e per due anni trattandosi di beni ecclesiastici (d);

b. se l'enfiteuta non produsse al

(a) c. 1 C. IV, 66 *de jure emphyt.*

(b) fr. 3 D. VI, 3 *Si ager vectig.*

(c) È controverso se possa aver luogo l'abbandono (*derelictio*) del fondo contro la volontà del proprietario. L'opinione ch'esso possa aver luogo, sembra la più giusta, arg. fr. 1 pr. D. VI, 3 eod. Vi è una eccezione rispetto ai beni del patrimonio del principe, c. 3 C. XI, 61 *de fund. patrimon.* Confr. Glück *Comm.* VIII, p. 530 e seg.

(d) c. 2 C. IV, 66 *de jure emphyt.* — Novella 7 cap. 3 § 2. È lo stesso che non sia stato pagato alcun canone, o che lo si abbia corrisposto soltanto in parte, fr. 85 § 6 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* Nè perde il proprietario un tale diritto nemmeno nel caso che posteriormente abbia ricevuto il canone, quando per altro non lo abbia contemporaneamente accettato ovvero domandato anche per l'anno successivo, poichè in quest'ultimo caso si suppone ch'egli abbia tacitamente acconsentito la continuazione dell'enfiteusi. Glück nel tomo sopracitato pag. 439.

proprietario entro tre anni le quitlanze delle imposte (*e*);

c. se egli vendè e consegnò il fondo senza darne avviso al proprietario, ovvero se fu dolosamente occultato il prezzo di compra-vendita (*f*).

d. se egli deteriorò il fondo in modo significante (*g*).

Gli effetti della devoluzione, oltre alla perdita del diritto e la restituzione dei frutti (veggasi il fine di questo §) consistono in ciò, che l'enfiteuta deve risarcire ogni danno, e pagare il canone ancora insoluto, e che esso non può pretendere compenso alcuno pei miglioramenti che egli per avventura avesse fatti (*h*).

IV. Mediante prescrizione: o nella persona del proprietario, se l'enfiteuta non esercitò il diritto per trenta o quaranta anni (*i*), ovvero dell'enfiteuta e questo senza alcuna opposizione per parte del proprietario possede per tutto il tempo legale il fondo enfiteutico come un bene libero (*k*), o finalmente per prescrizione di un terzo il quale può del pari usucapire un fondo ch'egli possiede in libera proprietà (*l*).

Nel resto, in qualunque modo sia per cessare l'enfiteusi valgono, riguardo alla restituzione dei frutti gli stessi principii che noi esporremo più sopra (§ 283 II) circa il termine dell'usufrutto (*m*).

§ 231.

Azioni nascenti dall'enfiteusi.

L'enfiteuta può agire tanto contro il proprietario in base al contratto (*a*), quanto colla *rei vindicatio utilis*, e con questa non solo contro terzi, ma eziandio contro lo stesso proprietario (*b*). Inoltre egli si può servire utilmente (*utiliter*) delle altre azioni che per altro competono al solo proprietario, come p. e. dell'azione confessoria per conseguire le servitù inerenti al fondo enfiteutico (*c*).

Al proprietario compete egualmente una azione personale in base al contratto contro l'enfiteuta (*d*), e l'azione rivendicatoria contro ogni terzo, ma non contro l'enfiteuta prima che si estingua l'enfiteusi (*e*).

CAPITOLO IV.

Del diritto superficiario.

§ 232.

Nozione del diritto superficiario (a).

Superficies ovvero *superficium* significa un edifizio esistente sul fondo altrui, ed a questo inerente, ovvero una camera superiore (*coenaculum*)

(*e*) c. 2 C. IV, 66 *de jure emphyt.*

(*f*) c. 3 C. eod.

(*g*) c. 3 C. eod. — Nov. 120, c. 8 in fine. Confr. Kaufmann § 115 sub. E. In tutti questi casi hanno luogo *ipso jure* le conseguenze della consolidazione in quanto l'enfiteuta non può più rimediare alla sua colpa: la sua espulsione per altro dal fondo non può farsi se non a mezzo dell'autorità giudiziaria, c. 2 C. IV, 66 eod.

(*h*) Nov. 7, cap. 3 § 2. — Novella 120, c. 8 in fine.

(*i*) Glück *Comm.* VII, p. 548, n. 1.

(*k*) La c. 7 § 6 C. VII, 39 *De praescr.* 30 *vel* 40 *annor*, « *nulla danda licentia ei, qui* emphyteutico jure *rem aliquam* 40 *vel quoscumque alios annos detinuerit, dicendi, ex transacto tempore dominium sibi in iisdem rebus quaesitum esse* », non fa contro, mentre è certo che non potrà usucapire il fondo chi è conscio di esserne l'enfiteuta, giacchè a tale oggetto sarebbe necessario che esso possedesse il fondo come suo proprio.

(*l*) fr. 15 § 27 D. XXXIX, 2 *De damno infecto.* Gli ultimi due casi appartengono all'usucapione; il primo comprende in sè la prescrizione estensiva. Confr. anche Seuffert I, § 188, n. 3.

(*m*) Thibaut *Sistema del Diritto delle Pandette* § 634.

(*a*) c. 1, 2 C. IV, 66 *De jure emphyt.*

(*b*) fr. 1, § 1 D. VI, 3 *Si ager. vectig.* — Compete all'enfiteuta anche l'azione publiciana, fr. 12 § 2 D. VI, 2 *De Publ.*

(*c*) fr. 16 D. VIII, 1 *De servit.*

(*d*) c. 1, 2 C. IV, 66 *De jure emphyt.*

(*e*) Glück *Comm.* VIII, p. 466.

(*a*) D. XLIII, 18 *De superficiebus.*

che si appoggia all'altrui sottoposto edifizio (*b*).

Il diritto superficiario perciò (*jus superficiarium*) è il diritto reale di usufruire la superficie di una cosa immobile altrui in perpetuo, o almeno per un tempo non molto breve, e di alienarla tanto fra vivi che in causa di morte (*c*).

Questo diritto differisce dalle servitù in ciò ch'esso non è inerente nè ad una determinata persona, nè ad una determinata cosa, e che ha una maggior estensione, mentre si avvicina alla proprietà.

Dall'enfiteusi distinguesi sopra tutto in ciò, che un tale diritto si riferisce soltanto ad edifizii, ovvero ad una camera superiore appoggiata all' altrui edificio, e che l'annuo canone (*solarium*) devesi al proprietario pagare soltanto nel caso che sia stato espressamente pattuito (*d*). Le persone che in ciò intervengono si chiamano *superficiarius* e *domini soli* (*e*).

§ 233.
Diritti ed obblighi del superficiario.

Il *superficiario* non ha solo il diritto di usufruire la *superficies* (*a*), ma ben anche quello di disporre della medesima: egli può dunque aggravarla di servitù, d'ipoteche (*b*), trasmetterla a'suoi eredi (*c*), e sostenere il proprio diritto non solo con azioni personali, ma eziandio utilmente con azioni reali (*d*), e tanto contro terzi, quanto contro lo stesso proprietario (*e*), finalmente per ricuperare il quasi-possesso del proprio diritto servesi egli dei soliti interdetti *de vi et de precario* (*f*), ed in difesa del turbato possesso gli accordò il pretore uno speciale interdetto *de superficiebus*, il quale per altro, riguardo agli effetti, non differisce dall'interdetto *uti possidetis* (*g*).

All'incontro, il proprietario può rivendicare la *superficies* direttamente da ogni terzo (*h*), e pretendere che il superficiario paghi il convenuto solario (*i*), e le imposte gravitanti sulla *superficies* (*k*).

§ 234.
Come incominci, e come finisca il diritto superficiario.

Il *diritto superficiario* viene costituito:

1. mediante contratti, e non solo mediante quelli che sono atti a trasferire la proprietà, ma benanche mediante il contratto di fitto, o di pigione (*a*).

(*b*) fr. 2 D. XLIII, 18 eod. — fr. 3 § 7 D. XLIII, 17 *Uti possidetis*. Alcuni sono d'opinione differente in vista del fr. 13 pr. D. VIII, 3 *De servit. praed. rust.* Vedi però F. G. Buri *Dissertazione sui fondi rustici*, Giessen 1785, p. 571.

(*c*) fr. 1 § 3, fr. 2 D. XLIII, 18 *De superfic.* — fr. 74, fr. 75 D. VI, 1 *De rei vind.*

(*d*) fr. 15 D. XX, 4 *Qui pot. in pign.* Consegue già dai principii generali di Diritto, che non competa al superficiario un diritto di prelazione, come lo ha l'enfiteuta, nè ch'esso abbia d obbligo di pagare il laudemio come nell'enfiteusi. Confr. Buchholtz nelle sue *Diss. leg.* n. 25 dove si accennano tredici punti di distinzione fra la *superficie* e la *enfiteusi* dei quali la massima parte sono giusti: noi però non saremmo d'accordo rispetto a quelli addotti sub. 2, 7, 13.

(*e*) fr. 3 § 7, D. XLIII, 17 *Uti possidetis.*

(*a*) fr. 1 § 6 D. XLIII, 18 *De superf.*

(*b*) fr. 1 pr. D. VII, 4 *Quibus modis usufruc. amitt.* — fr. 13 § 3 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 1 § 6 § 9 D. hujus tit.

(*c*) fr. 10 D. X, 2 *Familiae ercisc.*

(*d*) fr. 1 § 5 D. XLIII, 18 hujus tit.

(*e*) fr. 1 pr. § 3 D. eod. — fr. 12 § 3 D. VI, 2 *De Publ. in rem. act* — fr. 10 D. X, 2 *Familiae ercisc.* — fr. 16 § 2 D XIII, 7 *De pignor. act.* — fr. 3 § 3 D. XXXIX, 1 *De op. nov. nunt.*

(*f*) fr. 1 § 5 D. XLIII, 16 *De vi.* — fram. 2 D. XLIII, 26 *De precario.*

(*g*) fr. 1 pr. 1, 2 D. hujus tit. — fram. 3 § 7 D. XLIII, 17 *Uti possidetis.*

(*h*) fr. 1 § 4 D. hujus tit.

(*i*) fr. 15 D. XX, 4 *Qui potior*

(*k*) fr. 1 § 6 D. hujus tit. - arg. fr. 7 § 2 D. VII, 1 *De usufr.* — fr. 39 § 5 D. *De legat.* I.

(*a*) fr. 1 § 1, 3, 7, fr. 2 D. hujus tit. Che per

2. per atto di ultima volontà (*b*).

La maggior parte de' Giuristi ammettono anche l'usucapione, ma di questa non si fa nei nostri fonti alcuna menzione, come non è neppure indicata alcuna causa speciale della perdita di questo diritto; e perciò sono da applicarsi anche qui le cause generali della perdita dei diritti, come la confusione, la prescrizione, il decorso del tempo; è però espressamente accennato che il diritto superficiario si perda mediante il deperimento dell'intiero edifizio (*c*), e alcuni sostengono anche con buon fondamento che il superficiario venga spogliato del suo diritto, s'egli per due anni non paga il solario (*d*).

CAPITOLO V.

Del diritto di pegno (*a*).

TITOLO I.

Natura del diritto di pegno, oggetti ed estensione del medesimo.

§ 235.

Breve dilucidazione storica.

Da principio presso i Romani, per assicurare i diritti de' creditori, era in uso il mezzo che i debitori vendessero ai loro creditori qualche cosa mediante la *mancipatio*, ovvero *in jure cessio*, aggiungendo nello stesso tempo il patto che il creditore, ricevuto il pagamento, dovesse rivendere quella cosa medesima al debitore. Siccome in seguito andò fuori di uso l'antica giurisprudenza formularia, le cose vennero considerate come oppignorate per sicurezza del credito anche senza vendita, se venivano a tal fine consegnate, anzi perfino senza consegna, se taluno mediante stipulazione dichiarava la sua volontà di oppignorare una cosa (§ 515).

Finalmente per disposizione del pretore bastava anche un semplice contratto senza stipulazione (*b*).

§ 236.

Differenza tra pegno ed ipoteca.

Il *pegno* in generale è il diritto reale sopra una cosa altrui, concesso al creditore, affinchè esso possa con questa venir soddisfatto, se il debito non vien pagato a suo tempo (*a*).

Si chiama *pegno*, in senso stretto, se il possesso della cosa oppignorata fu trasferito nel creditore; ed ipotecasse tanto il possesso che la detenzione della cosa oppignorata resta presso il debitore; tuttavia l'ipoteca opera non meno che il pegno un diritto reale (*b*).

Oltre il fatto con cui si costituisce un pegno, richiedesi ancora che il

conseguire questo diritto reale non sia la tradizione necess ria, lo si evince da ciò che lo si ottiene anche mediante contratto di locazione o di fitto, fr. 1, § 1 D. hujus tit.

(*b*) fr. 1 § 7 D. hujus tit.

(*c*) fr. 39 § 2 D. XXXIX, 2 *De damno infecto*.

(*d*) fr. 15 D. XX, 4 *Qui potior in pign.* combinato col fr. 1 § 1 D. hujus tit. « *nam si conduxit superficiem ex conducto* etc. » — fr. 54 § 1, fr. 56 D. XIX, 2 *Locati*.

(*a*) D. XX e C. VIII, 14-35. — Hugonis Donelli *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, 1558. — E. Cr. Westphal *Saggio di un Commento sistematico delle leggi romane concernenti il diritto di pegno*, Lipsia 1770, terza edizione 1801. — F. G. Gesterding *La teorica dogmatica e polemica del diritto di pegno*, Greiswalde 1816, seconda ediz. 1831, e l'analisi relativa di Hepp. nel *Giornale univers. di letter.*, Halla 1832, n. 61-67. — *Comment.* di Glück T. XVIII e XIX.

(*b*) Meister *Jus. rom. priv.*

(*a*) Se però viene dato in pegno un credito (*nomen*) non si acquista con ciò un diritto reale, § 238 nota *d*. Wening I, lib. 2 § 125. Warnkönig I, n. 350. Qui viene usata la voce *pegno* per significare il diritto sulla cosa pignorata, ma in genere essa indica il contratto di pegno, fr. 1 § 4 D. II, 54 *De pactis*. — fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commodati*, ovvero la cosa stessa pignorata, fr. 9 pr. D. IV, 4 *De minor*. — fram. 74 § 1 D. XXI, 2 *De evict*. Relativamente al diritto di pegno sulla propria cosa leggasi il § 248 in fine.

(*b*) fr. 235 § 2 D. L, 16 *De verb. sign.* — fr. 9 § 2. fr. 35 § 1 D. XIII, 7 *De pignorat. act.* — § 7 *Inst.* VI, 6 *De action*. Glück *Comm.* XIV, § 861, pag. 2-5.

debitore abbia un'obbligazione per cui viene prestata la sicurezza, e che la cosa sia suscettibile di oppignoramento: delle quali cose tratteremo ora in particolare.

§ 237.

Del debito per cui viene costituito un pegno.

Si può costituire un *pegno* non solo pel debito proprio, ma ben anche pel debito altrui (*a*); per un debito incondizionato non meno che condizionato (*b*). Ma se una obbligazione naturale è dalle leggi totalmente riprovata, ovvero se una obbligazione civile può essere annullata con una eccezione (§ 457); in tal caso per queste non può essere costituito alcun pegno, ed il debitore può rivendicare la cosa ch'egli avesse mai per ciò consegnata (*c*). Non importa poi che il debito consista in danaro, ovvero in un'altra cosa stimabile a danaro (*d*).

§ 238.

Delle cose che si possono dare in pegno (*a*).

Si possono *dare a pegno* tutte quelle cose che sono in commercio (*b*), e la di cui alienazione non è dalla legge proibita (§ 198, nota b), tanto presenti quanto future (*c*), corporali, ed incorporali, p. e. crediti (*d*) ed altri diritti, come l'enfiteusi ed il diritto superficiario (*e*); anzi lo stesso diritto di pegno si può di nuovo oppignorare (*f*).

Fra le servitù personali sono suscettibili di pegno l'usufrutto (*g*) e l'abitazione (*h*).

Le servitù reali possono, in regola, venir oppignorate soltanto insieme al fondo a cui appartengono (*i*); tuttavia in riflesso della sua utilità fu ammessa la validità del contratto per cui il creditore, il quale possiede un fondo vicino, si possa servire delle servitù rustiche finchè non è pagato il debito, e gli sia permesso, nel caso che non venga soddisfatto entro il tempo dovuto, di vendere le medesime ad un altro vicino (*k*).

§ 239.

Estensione del diritto di pegno.

I. ***In qual maniera le cose oppignorate sieno soggette al diritto del creditore.***

Per poter fissare in qual misura le cose oppignorate soggiacciano al diritto del creditore, bisogna distinguere fra *pegno speciale*, e *generale*.

Il *pegno speciale* si riferisce tanto

(*a*) fr. 5 § 2 D. XX, 1 *De pign.*

(*b*) fr. 5 pr. D. XX, 1 eod.

(*c*) fr. 25 D. XX, 1 eod. — fr. 32 § 1 D. XVI, 1 *Ad Senatuscons. Vellej.*

(*d*) fr. 5 pr. D. XX, 1. — fr. 9 § 1 D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*a*) D. XX, 3 *Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.* — C. VIII, 17 *Quae res pignori obligari possunt, vel non.*

(*b*) c. 3, 6 C. VIII, 17 hujus tit. — fr. 9 § 1 D. XX, 1 *De pign.*

(*c*) fr. 15 pr. D. XX, 1 *De pign.* — fr. 11 § 3 D. XX, 4 *Qui potior. in pign.*

(*d*) Se viene costituito in pegno un credito, da cui non sorga che un diritto personale, non si acquista con ciò un diritto reale, mentre il creditore non ha che la facoltà di promuovere l'identica azione che compete al debitore, fr. 18 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 20 C. XX, 1 *De pign.* — c, 4 C. VIII, 17 hujus tit — fr. 51, fr. 175 D. L. 17 *De reg. jur.* Se poi al creditore dopo intentata l'azione venisse dall'impetito consegnata una cosa suscettibile di pignoramento, esso non acquisterebbe se non sopra quest'ultima un diritto reale, fr. 18, pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 13 § 2 D. XX, 1 *De pign.* Vedi il § 254 in fine.

(*e*) fr. 16 § 2, D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 13 § 3 D. XX, 1 *De pign.*

(*f*) fr. 13 § 2 D. XX, 1 *De pign.* — c. 1, 2 C. VIII 24 *Si pign. pignor.*

(*g*) fr. 11 § 2, fr. 15 pr. D. XX, 1 *De pign.* — fr. 8 pr. D. XX, 6 *Quibus modis pignus solvitur.*

(*h*) Non già il diritto di uso « *nam fructus rei est, pignori dare licere* » fram. 49 D. XXII, 1 *De usur.*

(*i*) fr. 16 D. VIII, 1 *De servit.*

(*k*) fr. 12 D. XX, 1 *De pign.* Confr il fr. 11 § 3 D. eod.

a cose singole, quanto ad un complesso di cose, ossia università; il *pegno generale* poi abbraccia tutta la facoltà del debitore.

I. Se fu data in pegno una cosa singola, soggiace al diritto del creditore non solo quella cosa, ma eziandio ogni sua accessione, come p. e. l'alluvione, una fabbrica nuovamente eretta ec. (*a*). Anche i frutti pendenti, o già percetti dallo stesso debitore ed ancora esistenti, soggiacciono al pegno (*b*), come non meno tutte le cose che per uso ordinario e continuo sono congiunte alla cosa principale (*c*): ma non mai i loro surrogati, come il danaro ricavato dalla vendita del pegno o dei suoi frutti (*d*), e neppure una nuova *species* fatta dalla cosa mobile oppignorata, appartenente ad un'altra classe di cose, se nella costituzione del pegno non si aggiunge espressamente: « e tutto ciò che col medesimo (pegno) viene fatto » (*e*).

II. Se fu oppignorato un complesso di cose, come una nave, una casa, una greggia, un magazzino di merci, soggiace al pegno soltanto un tale complesso, ma non le singole parti se ne vengono separate, come le merci vendute dal magazzino ec., ma soggiace poi egualmente al pegno ciò che viene sostituito alle singole cose mancanti (*f*).

III. Nel *pegno generale* si comprendono tutti i beni del debitore corporali ed incorporali (*g*), tanto presenti che futuri, i quali soggiaciono al pegno benchè vengano alienati: e perciò la cosa venduta resta oppignorata, quantunque il prezzo ricavatone soggiaccia anch'esso al diritto di pegno del creditore (*h*).

Tuttavia sono escluse anche dal pegno generale:

1. tutte quelle cose, la di cui alienazione ed oppignorazione è proibita (§ 238 in principio);

2. trattandosi di pegni volontarii ne viene escluso anche ciò che il debitore non volea verisimilmente oppignorare o a motivo del necessario uso quotidiano, come i necessarii vestiti e suppellettili, o a motivo di una particolare inclinazione, come p. e. verso la concubina, o verso i figli naturali (*i*);

3. non appartengono al pegno quei beni, che il debitore alienò col consenso del creditore, e poi di nuovo riacquistò (*k*);

(*a*) fr. 16 pr. fr. 29 § 1 D. XX, 1 *De pign*. - fr. 18 § 1, fr. 21 D. XIII, 7 *De pign. act*. Vedi Rosshirt nel suo *Arch*. I, 1, pag. 1-40 *Sul diritto di pegno generale e speciale dei Romani*.

(*b*) fr. 1 § 2, fr. 16 § 4 D. XX, 1 *De pignor*. — c. 3 C. VIII, 15 *In quib. caus pign*.

(*c*) fr. 32 D. XX, 1 *De pign*. — fr. 7 § 1 D. XX, 2 *Quae res pign*.

(*d*) c. 3 C. VIII, 15 *In quib. caus*. — fr. 7 § 1 in fine D. XX, 4 *Qui pot. in pign*.

(*e*) fr. 18 § 3 D. XIII, 7 *De pign. act*. Non nuoce quindi se si cangiò la forma della cosa immobile, fr. 16 § 2 fr. 29 § 2 D. XX, 1 *De pignor*.

(*f*) fr. 13 pr. fr. 34 pr. D. XX, 1, eod. — Il fr. 26 § 2 D. eod. non vi si oppone, dacchè non si tratta già di una comunità di cose. Zimmern nel *Giorn. pel Dir. civ. e Proc. civ.* Giessen 1828 I, 1, p. 49 porta una diversa opinione, ma non sembra corrispondere alla idea di una diversità la distinzione da questo autore accennata.

(*g*) fr. 29 § 3, fr. 34 § 2 D. XX, 1 *De pign*.

(*h*) c. 9 in fine C. VIII, 17 *Quae res pign*. — fr. 15 § 1 D. XX, 1 *De pign*. — fr. 47 pr. D. XLIX, 14 *de jure fisci*.

(*i*) fr. 6, 7, 8 D. XX, 1 *de pign*. — c. 1 C. VIII, 17 *Quae res pign*.

(*k*) c. 11 C. VIII, 26 *de remissione pign*. Ciò non vale però delle cose che dopo sciolta la vendita ritornano al debitore, mentre tali cose si considerano come se non fossero state mai vendute, fr. 4 § 2 fr. 10 pr. D. XX, 6 *Quibus modis pign. solv*. — La preposizione addotta nel sopra posto § esprime la opinione più generalmente adottata: però Vermehren nell'*Arch. della Prat. civ*. VIII, 1, pag. 29, ritiene doversi restringere quella proposizione, e spiega la c. 11 nel senso che la cosa nuovamente acquistata dal debitore ricada bensì nel pegno generale, ma soltanto dal punto che il debitore la riacquistò, non già come se originariamente fosse stata compresa nel pegno. Le parole infatti della legge sono concepite in modo da parere che Giustiniano abbia voluto adottare una opinione media fra le due con-

4. un pegno generale costituito dal testatore non comprende in sè la facoltà dell'erede (*l*).

§ 240.

II. *Per qual debito sia il pegno garante.*

Il pegno è garante soltanto per quel debito per cui fu dato; e perciò il creditore non può ritrarre dal medesimo il pagamento di un altro suo credito; ma egli ha bensì il diritto di ritenzione sulla cosa oppignorata per un debito chirografario (*a*) (§ 104).

Inoltre, resta ancora oppignorata la cosa intiera, anche per la minima parte del debito (*b*), ed è la stessa garante non solo pel debito principale, ma eziandio per le accessioni, come per gl'interessi di mora (*c*), o per gl'interessi convenzionali, tranne se fossero stati promessi soltanto dopo costituito il pegno (*d*); inoltre per la pena convenzionale sotto la stessa or detta condizione (*e*); e finalmente per le spese fatte per la cosa in quanto si possono ripetere (*f*), fra le quali si annoverano anche a ragione le spese di processo (*g*).

TITOLO II.

Della costituzione del pegno.

§ 241. *In generale.*

Il diritto di pegno viene costituito o per volontà del pignorante, o senza di questa. Il primo chiamasi *pegno volontario*, ed il secondo *necessario*. Il *volontario* si può fondare in un contratto o in un testamento (pegno convenzionale, e testamentario), e tanto l'uno che l'altro può essere espresso o tacito.

Se nel pegno convenzionale espresso viene un documento esteso dal magistrato, o da un pubblico notajo, in tal caso il pegno chiamasi *pubblico*, o *quasi-pubblico* se il documento è sottoscritto almeno da tre uomini degni di fede; altrimenti chiamasi *pegno privato* (*a*).

Il *pegno necessario* dipende o da un giudiziale decreto (*pignus praetorium e judiciale*), o immediatamente dalla legge (*pignus legale tacitum*) (*b*).

battute dagli antichi giuristi, alcuni dei quali sostenevano la definitiva e totale estinzione del pegno, ed altri invece la ripristinazione del medesimo, facendola retroagire fino al punto della originaria sua costituzione Ma però dove si voglia ammettere per giusta la sentenza di Vermehren, converrà pure concedere che, trattandosi di un pegno generale, le cose posteriormente acquistate dal debitore si debbano considerare per pignorate non già dal momento del loro acquisto, ma da quello in cui venne costituito il diritto di pegno (ed a questa opinione accediamo anche noi nel § 342 in fine), cosicchè quegli antichi giureconsulti che sostenevano la riattivazione del diritto di pegno, dovettero farla retroagire fino alla costituzione del pegno generale, mentre diversamente ragionando non si potrebbe dire che la decisione di Giustiniano esponga una opinione di mezzo, ed in genere se ciò non fosse vero, mancherebbe qualsiasi appoggio ad una tal nuova interpretazione.

(*l*) fr. 29 pr. D. XX *de pign.*

(*a*) Ciascun credito non coperto da pegno dicesi chirografario, e i creditori appellansi chirografarii, c. un. c. VIII, 27 *Etiam ob chirogr. pec.* Il diritto di ritenzione distinguesi dal diritto di pegno in ciò, che il primo non è un diritto nè reale, nè alienabile e non dà alcuna azione, ma soltanto un'eccezione contro l'attore. Veggasi Wening T. I, lib. I, § 169.

(*b*) fr 9 § 3 D. XIII, 7 *de pign act.*

(*c*) fr. 8 § 5 D. XIII, 7 cit. — fr. 18 D. XX, 4 *Qui potior in pign.*

(*d*) c. 4 C. IV, 32 *de usuris.* — fr. 11 § 3 D. XIII, 7 *de pign. act.*

(*e*) fr. 13 § 6 D. XX, 1 *de pign.*

(*f*) c. 6 S. VIII, 14 *De pign.* — Il fr. 8 § 5 D. XIII, 7, non limita il diritto del creditore soltanto alle spese necessarie, come molti opinano.

(*g*) Wening I, 2 § 129 n. 5.

(*a*) c. 11 C. VIII, 18 *Qui potior in pignor.*

(*b*) Alcuni annoverano una terza specie di pegno necessario, vale a dire quello acquistato per usucapione, quando cioè il creditore senza il consenso del proprietario possiede pel tempo necessario una cosa in buona fede e pel giusto titolo di un contratto di pegno. Ma sembra miglior avviso di escludere tale specie di pegno, e perchè non vi ha legge che lo sorregga e perchè ci osta anzi espressamente la c. 6 C. VIII, 16 *Si aliena res.*

§ 242.

Del pegno convenzionale.

Un pegno può venir costituito tanto dal proprietario espressamente e tacitamente (*a*), quanto da un altro, a cui il proprietario o la legge imparti l'autorizzazione di alienare (*b*). Se il pegno fu costituito da un possessore di buona fede, il pretore lo protegge (*c*). Che l'usufruttuario (§ 282, IV.), l'enfiteuta (§ 227, II.), il superficiario (§ 223) ed il creditore pignoratizio (§ 238) possano bensì oppignorare una cosa, ma soltanto in modo che, cessando il loro diritto, cessi anche il diritto di pegno, è già stato accennato altrove.

Se taluno dà in pegno una cosa altrui, ciò non produce il minimo effetto riguardo al proprietario (*d*), se non seguì il suo consenso od approvazione (*e*), ovvero s'egli sapeva bensì che il debitore oppignorava la cosa propria, ma tacque per ingannare il creditore di ciò non consapevole (*f*). Ma si può validamente costituire un pegno sotto condizione che l'oppignorante diventi proprietario della cosa oppignorata (*g*), la qual condizione si sottintende anche tacitamente, se taluno oppignora una cosa dovutagli da un altro (*h*).

Tuttavia il pegno costituito incondizionatamente sopra una cosa altrui diventa valido, in seguito, se il debitore acquistò la proprietà della cosa oppignorata, ed il creditore non sapeva che la cosa fosse d'altrui (*i*), ovvero se il proprietario diventò erede del debitore (*k*).

(*a*) Sembra esserci il tacito consenso qualora in causa di debito abbia conceduto al creditore il possesso della cosa, c. ult. C. VIII, 17 *Quae res pign.*, ovvero quando il proprietario abbia prestato sigurtà pel debitore, mentre era in cognizione che questi costituiva in pegno la cosa spettante ad esso fidejussore medesimo, fr. 5 § 2 D. XX, 2 *In quibus causis pign.*

(*b*) Anche nel caso che il procuratore senza il consenso del proprietario abbia dato un pegno, questo diventa valido e operativo, subitochè siasi impiegato il danaro del creditore a pro del proprietario, c. 1 C. VIII, 16 *Si aliena res pign.*

(*c*) fr. 18, fr. 21 § 1 D. XX, 1 *de pign.*

(*d*) fr. 2, fr. 16 § 1 D. XIII, 7 *de pign. act.* — c. 2, 4, 6 C. VIII, 16 *Si aliena res pign.* Molti giurisperiti in vista del fr. 21 § 1 D. XX, *De pign*, sostengono che l'azione ipotecaria sia esercibile anco in confronto dello stesso costituente il pegno, senza che questi possa difendersi con la eccezione di non essere proprietario; ma quel frammento tratta del pegno costituito da un possessore di buona fede, il quale è senz'altro attendibile secondo il diritto pretoriale. Si confronti nell'*Arch. per la Prat. civ.* IX, 2, p. 258, 259 Mayer. *Sul pignoramento di una cosa altrui.* Nella Nov. 115, c. 3 § 13 viene accennato un caso in cui si può validamente costituire un pegno sulla cosa altrui.

(*e*) fr. 16 § 1 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 20 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*f*) c. 2 C. VIII, 16 *Si aliena res.*

(*g*) fr. 16 § 7 D. XX, 1 *De pignor.*

(*h*) fr. 1 pr. D. XX, 1 *De pign.* — fr. 3 § 1 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*i*) fr. 41 D. XIII, 7 *De pign. act.* c. 5 C. VIII, 16 *Si aliena res pign.* Se il creditore sapeva che la cosa era di un altro, egli non acquista che il diritto di retenzione, fr. 1 pr. D. XX, 1 *De pign.*

(*k*) il fr. 41 D. XIII, 7 *De pign. act.* e l'altro fr. 22 D. XX, 1 *De pign.* sono fra di loro in contraddizione e riescono vani gli studii dei commentatori onde conciliare questi due passi. Kaufmann (§ 116 nota n.) al par di Günther (§ 664 in fine) e di molti altri ritiene che si possano combinare le anzidette disposizioni sostenendo che abbia effetto e validità il pegno purchè non sia stato costituito contro alla volontà degli eredi, sebbene a loro insaputa, la quale opinione è appoggiata anche all'autorità delle Basiliche. Ma con ragione osserva Glück nel suo *Commentario* XIV, p. 34 che quando la validità di un affare dipende dal consenso di un terzo è indifferente se questi non ne abbia avuto cognizione, oppure se sia stato conchiuso contro alla di lui volontà, posciachè in ambo i casi vi mancherebbe il di lui consenso. Intorno ai tentativi di altri scrittori per conciliare quei passi, veggasi lo stesso Glück. Se fra due luoghi della stessa collezione di leggi vi sia un'aperta contraddizione, si deve preferire quella interpretazione che meglio corrisponde allo spirito del Diritto Giustinianeo (§ 33 in fine) e tal ci sembra che sia la opinione di Modestino nel fr. 22 D. XX, 1 addotta superiormente nel testo del paragrafo. Si confronti fr. 1 pr. § 1 D. XXI, 3. *De except. rei vend. et trad.* « *Marcellus scribit: si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac te exceptione repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem*

Nel resto, si acquista il diritto di pegno mediante il solo contratto, non solamente trattandosi d'ipoteca (*l*), ma eziandio di una cosa che, secondo la convenzione dei contraenti, deve tosto o tardi diventar un pegno in senso proprio; poichè quantunque per questo sia necessaria la tradizione, tuttavia il creditore acquista un diritto reale fin dal momento che i contraenti conchiusero l'oppignorazione presente di una cosa (*m*), e ciò che prima era ipoteca, diventa poi, mediante la tradizione, un pegno in senso stretto.

Resta ancora a trattarsi da qual momento abbia validità un pegno convenzionale.

Sopra di ciò si può stabilire la seguente regola generale: il pegno convenzionale, come pure ogni altro pegno, ha vigore dal momento che non dipende più dall'arbitrio dell'oppignorante se debba o no valere.

Dall'applicazione di questo principio a casi speciali segue:

1. se già esiste il debito principale, ma il suo adempimento dipende da un certo giorno, il pegno vale dal momento che ne fu conchiuso il contratto (*n*).

2. Se fu promesso un pegno per un debito condizionato, comincia a valere solo dal momento che si verifica la condizione, se l'adempimento della medesima dipende dall'arbitrio del debitore; altrimenti la sua efficacia rimonta fino al momento ch'ebbe origine il contratto principale (*o*).

3. Lo stesso ha luogo se fu costituito sotto condizione un pegno per un debito condizionato (*p*), ovvero un pegno per un debito futuro (*q*).

4. Se un pegno da principio nullo acquista in seguito vigore, anche i suoi effetti sono riferibili soltanto al momento dell'acquistata validità (*r*); se poi acquista forza per susseguente approvazione del proprietario, viene ritenuto per valido fino dalla sua origine (*s*).

5. Trattandosi del pegno generale, sembra che le cose acquistate dopo che esso fu costituito siano soggette al pegno non soltanto dal momento dell'acquisto, ma da quello in cui fu conchiuso il contratto di pegno (*t*).

dicendum ». Mühlenbruch II, § 416 n. 9. Glück p. 34 difende la opposta opinione di Paolo nel fr. 41 D. XIII, 7. — Meyer nella *Dissertazione* sopra citata p. 262 corregge il fr. 41 per modo che non vi si riscontra alcuna contraddizione; ma contro di lui insorse Müller nell'*Arch. per la Prat. civ.* XI, 3, p. 399.

(*l*) c. 2, 9, C. VIII, 17 *Quas res pign. obligari poss.*

(*m*) fr. 1 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 13 § 3 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 17 § 2 D. II, 14 *De pactis.*

(*n*) fr. 12 § 2 fram. 9 pr. D. XX, 4 *Qui potior.* Confr. la *Dissertazione* di Hepp citata al § 246 I, nota a.

(*o*) fr. 4 D. XX, 3 *Quae res pign. vel hypoth.* — fr. 9 pr. § 11, fr. 11 pr. § 8 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*p*) fr. 13 § 5 D. XX, 1 *De pign. et hypoth.* — fr. 11 § 2 D. XX, 4 *Qui potior in pign.*

(*q*) fr. 1 pr. § 1, fr. 11 pr. D. XX, 4 eod. Da ciò risulta anche per qual cagione nel caso che taluno voglia prendere a mutuo denaro ed abbia costituito un pegno, questo non abbia validità se non quando sia stato consegnato il danaro, poichè gli è libero anche di non accettarlo; ma se egli si sarà impegnato di accettare il danaro, allora il pegno è operativo fino dalla stipulazione del contratto, fr. 4 D. XX, 3 *Quae res pign.* — fr. 30 D. XII, 1 *De reb. cred.* — Fritz nelle sue *Illustrazioni* a Wening II, p. 426.

(*r*) c. 6 C. V, 4 *De nupt.*

(*s*) fr. 20 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 16 § 1 fr. 21 pr. D. XX, 1 *De pign.*

(*t*) fr. 9 § 3, fr. 14, fr. 21 pr. D. XX, 4 *Qui potior in pign.* — Si citano per la opinione contraria il fr. 7 § 1, fr. 11 § 2 D. XX, 4 eod. — fr. 34 § 2 D. XX, 1 *De pign.*; ma se questi passi si ponderano esattamente, si vedrà ch'essi non sono favorevoli a quell'opinione. Se è giusta la interpretazione data da Vermehren nell'*Arch. per la Prat. civ.* XIII, 1 p. 29 alla c. 11 C. VIII, 26 *De rem. pign.*, essa è un forte appoggio per la nostra opinione (Vedi § 239 nota k) Glück nel *Com.* XVIII, p. 213-218 e XIX, 232-246, e Hepp nell'*Arc. per la Prat. civ.* X, 2, p. 295 sostengono la opinione contraria. È della nostra Unterholzner nelle sue *Dissert. giur.* Monaco 1810, p. 74 e seguenti. Insorsero di recente Rosshirt nel suo *Giornale di Diritto civ. e criminale*, Heidelberg 1831, I, 1, p. 22 ed Hepp nello stesso *Giornale* I, 3 p. 336

§ 243.
Pegno testamentario.

Anche *per testamento,* in sicurezza dei legatarii (*a*) e dei creditori (*b*), si può costituire espressamente o tacitamente un pegno (*c*); ma non sembra che le prerogative del pegno pubblico si possano riferire al testamentario (*d*).

§ 244.
Pegno pretorio.

Il *pegno pretorio* è duplice; in senso stretto si chiama così quello che ha luogo in virtù di un decreto del pretore prima ancora della contestazione di lite (*a*) mediante immissione nei beni del debitore (*missio in bona*), il quale produce l'effetto che il creditore insieme col diritto di pegno ne ottiene soltanto la custodia e detenzione; ma se il debitore non soddisfa ancora alla sua obbligazione, il creditore ottiene allora, mediante un secondo decreto, il vero possesso e la facoltà di alienare (*b*).

Questa immissione ne'beni si fa *crediti servandi causa,* p. e. se il debitore è insolvente (§ 266 in fine) (*c*); *legatorium vel fidei commissorum servandorum causa,* se chi deve prestare sotto condizione un legato od un fedecommesso ricusa di dare una cauzione (*d*); *damni infecti nomine,* se il proprietario di una cosa minacciante rovina ricusa la cauzione (§ 616); *ventris nomi ne ex edicto Carboniano* (§§ 393 e 394); e se la eredità si devolve ad un demente (§ 395).

La immissione si fa o in tutta la facoltà del debitore, ovvero in una sola cosa speciale, e perciò il pegno pretorio è generale ovvero particolare. Inoltre, è da notare che più creditori, benchè sieno stati immessi in diverse epoche nei beni del debitore, non hanno fra di loro alcuna preferenza (*e*).

Della seconda specie è il *pegno giudiziale,* che viene costituito dal competente magistrato (*f*) in esecuzione di una sentenza passata in giudicato (*g*). Il diritto di pegno poi comincia soltanto dopo di aver pigliata la cosa (*h*), e fra molti che ottennero un diritto di pegno giudiciale sopra la cosa stessa, ha la preferenza chi lo acquistò prima degli altri (*i*).

per la opposta opinione, ma a fronte che la esegesi specialmente di quest'ultimo sia assai ingegnosa non abbiamo ancora potuto persuaderci appieno della di lei aggiustatezza. Anche Fritz nelle sue *Illustr.* p. 415 professa la nostra opinione; però non gli era ancor nota l'ultima *Diss.* di Hepp.

(*a*) c. 1 C. VI, 43 *Commun. de legat.* « *cum hoc jam jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit dare.* »

(*b*) fr. 26 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*c*) Glück *Comm.* XVIII, p. 191.

(*d*) Difatti, avuto riguardo alla c. 11 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.*, e specialmente a quanto viene stabilito rapporto agli instrumenti quasi-pubblici (*instrumenta quasi-publica*), si può con sicurezza dedurre, che l'imperatore non abbia avuto dinanzi agli occhi il pegno testamentario. Mühlenbruch II, § 419.

(*a*) Si confr. § 112 nota c.

(*b*) fr. 10 § 1 D. XLI, 2 *De adquir. vel amitt. poss.* — fr. 7 § 1 D. XLII, 4 *Quibus ex causis in poss.*

(*c*) Altri esempi leggonsi in Mühlenbruch I, § 167.

(*d*) Questa immissione venne poi abrogata dalla c. 3 c. VI, 43, siccome superflua, dacchè i legatarii pel Diritto nuovo conseguirono il pegno legale, Vedi de Löhr nell'*Arch. per la Prat. civ.* T. V, p. 208: *Sul Diritto di pegno dei legatari.* Un'eccezione contiene il § 137 nota ee.

(*e*) fr. 5 § 3 D. XXXVI, 4 *Uti in poss. legat* — fram. 12 pr. D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.* Confronta però il fr. 15 § 17, 33 D. XXXIX, 2 *De damno inf.*

(*f*) c. 11 C. VIII, 14 *De pignor.* - c. 1. C. VIII, 22 *De praetor. pignor.*

(*g*) fr. 10 D. XX, 4 *Qui potior. in pign* — fr. 58 D. XLII, 1 *De re jud.* — c. 3 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.*

(*h*) c. 2, 3 C. VIII. 18 eod.

(*i*) c. 2 C. VIII, 18 eod.

§ 245.

Del pegno legale (*a*).

Il *pegno legale* si fonda immediatamente in una legge, e non si può estendere che alle specie espressamente determinate; mentre nel Diritto antico esso era ignoto, e venne introdotto soltanto a poco a poco per mezzo di leggi speciali dai tempi di Nerva e di Trajano in poi. Siccome sotto i susseguenti imperatori il numero dei pegni legali fu di molto aumentato, così fu anche non poco diminuita la sicurezza che prima si aveva del pegno. Essendo poi ogni pegno legale o *generale* o *particolare* (§ 239), ne tratteremo secondo questa divisione.

§ 246.

Pegno legale generale.

Il *pegno legale generale* compete alle seguenti persone:

I. al fisco,

1. sulla sostanza dei sudditi del pagamento delle imposte dal momento che furono queste ordinate (*a*);

2. sulla sostanza di quelli che fecero dei contratti col fisco (*b*), dal momento che fu conchiuso il contratto, e ciò viene da molti esteso anche ai beni di quelli che amministrano cose fiscali, dal momento dell'assunta amministrazione per sicurezza degli arretrati dovuti (*c*).

Questo privilegio compete anche al principe ed a sua moglie nei loro affari privati (*d*).

Se il fisco succede in luogo di un creditore privato, non gli compete alcun diritto di pegno neppure dal momento della successione (*e*). Il pegno legale non si può estendere neppure ad altri affari del fisco fuori dei casi rammentati (*f*).

II. Alla moglie ortodossa (*g*), e a tutti quelli che hanno il diritto di ripetere la dote (*h*), sulla sostanza del marito,

1. in sicurezza della dote stessa e dell'aumento della medesima (*i*);

2. alla moglie ortodossa in sicurez-

(*a*) F. A. Meistner *Esposizione completa del diritto di pegno legale*, Lipsia 1803-1804.

(*a*) c. 1 C. VIII, 15 *In quibus causis pign. tacite contr.* — c. 1 in fine C. IV, 46. *Si propter publ. pensit.* — Sul quesito, da qual punto cominci ad essere valida e operativa qualsiasi ipoteca, e in ispecialità la legale, confrontisi Hepp nell'*Arch. della Prat. civ.* X, 2, p. 245, e le osservazioni intorno la Dissertazione inaugurale dello stesso avente per tema il quesito suddetto, osservazioni contenute nel *Giornale* di Schunck II, 3, p. 246, nel *Giorn. crit.* di Tobinga II, 1, p. 75, in cui in varii punti si sostiene un'opinione diversa da quella dell'autore.

(*b*) fr. 47 pr. D. XLIX, 14 *De jure fisci.* — c. 3 C. VII, 73 *De priv. fisci.* — c. 2 C. VIII, 15 *In quibus causis.*

(*c*) Specialmente in vista dell'argom. c. 3 C. XII, 63 *De primipilo.* Glück XIX, p. 71 è di un'altra opinione. Certo è che se non vogliasi applicare il fr. 46 § 3 D. XLIX, 14 *De jure fisci.* ad esempio di Schröter nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.*, Giessen 1828, I, 2, p. 336, non vi è alcuna legge che in termini precisi decida un tal punto.

(*d*) fr. 6 § 1 D. XLIX, 14 eod.

(*e*) fr. 3 § 7 D. XLIX, 14 eod. Non vi osta il fram. 6 pr. D. eod., mentre questo non tratta del pegno tacito, ma del così detto *privilegium exigendi* (§ 270 nota t), Glück XIX, p. 69 e Meissner nella opera sopra citata § 109.

(*f*) fr. 17, fr. 37 D. XLIX, 14 *De jure fisci.* — fr. 10 pr. D. II, 14 *De pactis.* — Il fr. 46 § 3 D. XLIX, 14 « *Fiscus semper habet jus pignoris* » è da limitarsi ai soli casi accennati. Diversamente interpreta questo passo Schröter nel *Giorn. civ.*; Giessen 1828, I, 2, p. 336.

(*g*) Nov. 109 pr., c. 1. Ma non la fidanzata, mentre di questa le leggi non parlano, Glück XIX, p. 102, come neppure la *moglie fittizia*, mentre il fr. 22 § 13 L. XXIV, 3, *solut. matr.* non si riferisce che al *privilegium exigendi* (§ 279) Glück XIX, p. 107.

(*h*) § 29 *Inst.* IV, 6 *De action.* — c. un. § 1 C. V, 13 *De rei uxor. act.* Glück XIX, pag. 120 è di diversa opinione. Sembra però, a senso del § 29 *Inst.* IV, 6, che la ipoteca non sia privilegiata nel caso che un estraneo abbia costituito la dote e ne domandi la restituzione, ma che lo sia bensì la moglie, s'ella stessa vuole aver di ritorno la dote (§ 262, II).

(*i*) c. un. § 1 C. V, 13 *De rei uxor. action.* — c. 30 pr. C. V, 12 *De jure dot.*

za della *donatio propter nuptias* (*k*), e di quei beni parafernali, che consistono in crediti, e sono affidati all'amministrazione del marito (*l*); e invero, riguardo alla dote e al suo aumento, vale in regola il pegno dal momento che furono promessi (*m*), ovvero dalla consegna effettiva trattandosi di dote per legge dovuta (*n*); riguardo alla *donatio propter nuptias*, vale il pegno egualmente dal momento della promessa, e riguardo ai crediti parafernali dal momento che il conjuge gl'incassò dai debitori (*o*).

III. Al marito, in sicurezza della dote promessa, sulla sostanza del promittente (*p*), dal momento della fatta promessa (*q*).

IV. Ai figli,

1. sulla sostanza di quello dei genitori che passò a seconde nozze, dal momento che restò sciolto il primo matrimonio, in sicurezza di quei beni ch'egli acquistò per liberalità del conjuge defunto, e di cui perde esso la proprietà in favore dei figli del primo matrimonio, mentre a lui non ne resta che l'usufrutto in vita (§ 137, n. 1 e c. 6 § 2, c. 8 § 4 C. *De sec. nupt.*); inoltre sulla sostanza del genitore superstite o separato, riguardo a quegli utili nuziali (§ 562) la cui proprietà, secondo il Diritto nuovissimo, nell'atto stesso che viene sciolto il matrimonio passa ai figli nel medesimo procreati (*r*).

2. sulla sostanza del padre, riguardo ai beni devoluti ai figli per parte della madre o degli ascendenti materni, ed agli utili nuziali dei figli, di cui compete al padre l'amministrazione e l'usufrutto (*s*);

3. sulla sostanza del patrigno dal momento del conchiuso matrimonio, se la madre che tenea la tutela dei proprii figli, passò a seconde nozze prima della resa di conto (*t*).

V. Ai pupilli, ai minorenni (*u*), ai furiosi (*v*), sulla sostanza dei tutori e curatori, dal momento che essi avea-

(*k*) c. 29 C. V, 12 *De jure dot.* — c. 12 § 2 C. VIII, 18 *Qui potior.* — Nov. 109, c. 1.

(*l*) c. 11 C. V, 14 *De pactis conventis.*

(*m*) c. 19 C. V, *De donat. ante nupt.* « *Jura enim hypothecarum, quae in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eaedem hypothecae contractae sunt* ».

(*n*) Wening § 137 let. r.

(*o*) c. 11 C. V, 14 *De pactis conventis.*

(*p*) c. un. § 1 C. V, 10 *De rei uxor. act.* Verosimilmente la ipoteca gravita anco sulla sostanza di quello che a termini di legge deve dare la dote. Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* V. 2. p. 298.

(*q*) Sembra che una tale disposizione debba avere un diverso effetto nel caso in cui la moglie stessa abbia promesso la dote: posciachè l'adempimento della condizione, cioè del matrimonio, starebbe nell'arbitrio della promittente medesima (§ 212 n. 2).

(*r*) § 137 b. — Nov. 98 pr. c. 1, 2. — Marezoll nel *Dir. e Proc. civ.* III, 1, pag. 84-91.

(*s*) Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.*, IX, 1, p. 71 76 e X, 3, p. 386-392 esclude questa specie di pegno ma noi ci atterremo alla opinione più generalmente ricevuta non solo per la c. 8 § 5 C. V. 9 *De secund. nupt.* e la c. 6 § 4 C. VI, 61, *De bonis, quae lib.*, ma ben anche pel pr. e § 1 c. 6, C. VI, 61. — Il § 1 suona così: « *Sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in successione quidem earundem rerum, quae extrinsecus filiis familias adquiruntur, jura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt.* § 2 — *Non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui sperare audeant* »... Giustiniano adunque concede di regola (pr.) e specialmente in riguardo alla successione (§ 1) sulla sostanza che non perviene dal padre gl'identici diritti che sui beni della madre e sugli utili delle nozze (*lucra nuptialia*), tranne la sola ipoteca. Segue da ciò che pei beni materni e pegli utili delle nozze è concessa una ipoteca sulla sostanza del padre. Confr. il *Giornale* di Schunck, V, 3, p. 280, e il *Giornale crit.* di Tobinga, II, 1, pag. 110 Anche Fritz nelle sue *Illustr. a Wening*, II, p. 433 combatte con motivi in parte nuovi la opinione di Löhr.

(*t*) c. 2 C. V, 35 *Quando mulier tutel. offic.* — c, 6 C. VIII, 15 *In quibus caus. pign.* — Nov. 22, c. 40.

(*u*) c. 20 C. V, 37 *De administr. tut. vel cur.* — Nov. 118, c. 5.

(*v*) c. 7 § 5, 6 C. V, 70 *De curat. furios.* — Non si può estendere questo privilegio ai prodighi o ad altri soggetti a curatela (§ 245). Glück in vista dell'identità di ragione propende per la opposta sentenza XIX, p. 148.

no l'obbligo (*x*) di assumere la tutela o curatela (*y*).

VI. Le Chiese sulla sostanza dell'enfiteuta, se il fondo enfiteutico fu per sua colpa deteriorato, dall'epoca del deterioramento (*z*).

VII. A chi acquista i beni lasciati con testamento ad una persona vedovile, se questa trasgredisce la condizione ingiuntale della vedovanza, sulla sostanza del vedovo o della vedova, dal momento che essi acquistarono ciò che fu loro lasciato col testamento; è poi indifferente che una tal condizione sia stata posta dal conjuge premorto, o da un altro (*aa*).

§ 247.

Pegno legale speciale.

Un *pegno legale speciale* compete:

I. Al locatore di un fondo rustico (*praedium rusticum*) (*a*), sui frutti percetti dal primo conduttore o da un subconduttore (*b*), dal momento della percezione (*c*).

II. Al locatore di un fondo urbano (*praedium urbanum*), sulle cose appartenenti al conduttore (*d*), e da esso in quello trasportate colla intenzione di tenervele, non solo per qualche tempo, ma continuamente (*e*), dal momento del trasporto (*invecta ed illata*) (*f*); questo diritto di pegno ha luogo anche sulle cose del subconduttore in proporzione della mercede da esso ancora dovuta (*g*). Ma i locatori hanno un diritto di pegno solo riguardo alle obbligazioni dei conduttori nascenti dal contratto (*h*), ed è da notarsi la particolarità che fra le cose importate cessa di soggiacere al pegno ciò che l'inquilino alienò senza intenzione dolosa (*i*).

III. Ai pupilli sopra quelle cose che il tutore od un terzo comperò in nome proprio col danaro pupillare dal momento dell'acquisto (*k*), poichè quan-

(*x*) È garante non solo il patrimonio di coloro che sostengono l'amministrazione, ma sibbene ancora quello dei tutori onorarii e dei curatori, Nov. 118, c. 5 in fine.—È assai dubbio se anche i protutori sieno responsabili con la intera loro sostanza. Glück XIX, p. 158 sostiene l'affermativa richiamandosi alla disposizione generale contenuta nella c. un. § 1 C. V, 13 *De rei uxor. act.* « in administratione *rerum pupillarium tacitus hypothecas inesse accipimus*» La stessa opinione sostiene Gensler nell'*Arch. della Prat. civ.* I, 3, p. 369. Le leggi però non fanno menzione espressa dei protutori.

(*y*) arg. c. 6 § 4 C. VI, 61 *De bonis quae lib.*

(*z*) Nov. 7, c. 3 § 2.

(*aa*) Nov. 22, c. 44. — Marezoll nel *Magaz.* IV, 2 e 3, p. 215 non ammette una tale ipoteca; veggasi però il *Giorn. crit.*, II. 1, p. 115. — Vermehren nell'*Arch. della Prat. civ.* XIII, 1, p. 37. — Ultimamente ha tolto a difendere questo pegno legale specialmente Kämmerer nel *Giorn. del Dir. e Pr. civ.* VI, 2, p. 258, e a cui replicò Marezoll, p. 296. Fritz nelle sue *Illustr. a Wening*, II, pag. 443 dichiarossi anch'esso contro Marezoll.

(*a*) Per fondo rustico (*praedium rusticum*) qui s'intende quello che viene preso in locazione con animo di ricavarne frutti. Fondo urbano (*praedium urbanum*) poi dinota non solo un edificio, ma ben anche uno spazio vuoto che non produce frutti, come un'aja, una stalla o qualsiasi area aperta, fr. 3, 4 D. XX, 2 *In quibus causis pign.* Se un fondo rustico va congiunto con un fondo urbano, bisogna allora considerare qual sia il principale, Glück XVIII, p. 41-413.

(*b*) fr. 7 pr. D. XX, 2 *In quibus causis pign.* — fr. 24 § 1, fr. 53 D. XIX, 2 *Locati cond.* — Ma ciò che viene introdotto in un fondo rustico, non è soggetto al pegno, fr. 4 pr. D. XX, 2 *In quibus causis.* — c. 5 C. IV, 65 *De locato.*

(*c*) fr. 63 § 9 D. XLVII, 2 *De furtis.* — fr. 45 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*d*) Glück *Comm.* XVIII, p. 415.

(*e*) fr. 32 in fine D. XX, 1 *De pign.* — fr. 7 § 1 D. XX, 2 *In quibus causis pignus.* — c. 5 C. VIII 15 *In quibus causis pign.* Ma i documenti che formano il titolo o la prova dei crediti non possono considerarsi come pignorati. Meissner nell'opera sopra citata al § 63.

(*f*) fr. 11 § 2 D. XX, 4 *Qui potior. in pign.*

(*g*) fr. 11 § 5 D. XIII, 7 *De pign. act.* — Glück XVIII, p. 428.

(*h*) fr. 2 fr. 5 pr. D. XX, 2 *In quibus causis.*

(*i*) Le cose introdotte nel fondo si considerano come componenti un tutto solo, arg. fr. 9 D. XX, 2 *In quibus caus.* — Glück XVIII, p. 422.

(*k*) fr. 7 pr D. XX, 4 *Qui potior. in pign.* — fr. 3 pr D. XXVII, 9 *De rebus eor. qui sub. tutel.* — c. 6 C. VII, 8 *De servo pign. dato.* Questi passi di legge trattano solamente degl'impuberi, non già dei minorenni o delle altre persone soggette a curatela. Buchholtz nei suoi *Saggi* p. 284 niega al pupillo il diritto di pegno se taluno non es-

tunque tanto i pupilli che i minorenni possano rivendicare le cose comprate col loro danaro dai tutori o curatori (§ 220 in fine); niente di meno i pupilli vi hanno anche un diritto di pegno, pel caso ch'essi non vogliano la cosa stessa in natura, ma si bene il danaro (*l*).

IV. A quelli che mutuano danaro (*m*), per riparare edificii minaccianti rovina (*n*) compete il diritto di pegno sopra l'edifizio, e sopra il fondo su cui esiste (*o*), dal momento del mutuato danaro; questo poi deve essere stato dato per lo scopo della riparazione, poichè se vi fu impiegato solo per accidente, non ha luogo alcun pegno (*p*); ma non si richiede che l'edifizio sia stato riparato appunto collo stesso danaro ricevuto (*q*).

V. Ai legatarii (*r*), ai fedecommessarii particolari ed universali (*s*), sulla sostanza che l'onerato acquistò dal testatore (*t*); in regola, dalla morte di questo (*u*).

VI. Alla moglie compete non solo un pegno generale (§ precedente II), riguardo alle sue cose dotali, ma ben anche uno speciale sulle medesime, e quest'ultimo compete in generale ad ognuno che possa per legge ripetere la dote (*v*).

VII. (Confronta ancora § 248). Se alcuni giureconsulti riferiscono ancora altre specie del pegno legale, o riconoscono queste la loro origine dalla interpretazione analogica, ma che qui viene malamente applicata, o vengono falsamente derivate da ciò che è stabilito circa i pegni privilegiati (§ 262) (*x*).

sendo suo tutore si abbia procacciato qualche cosa col di lui danaro: ma le leggi succitate parlano in generale « *si ex nummis pupilli res fuerit comparata* ».

(*l*) Verso ai terzi hanno adunque i pupilli soltanto il diritto di pegno, ma in confronto dei tutori hanno essi al par dei minorenni verso i curatori il suo diritto di *utilis vindicatio*, qualora prescelgano di conseguire la cosa.

(*m*) Ma il diritto di pegno non compete a coloro i quali abbiano prestato denaro affine di erigere una nuova fabbrica, o per qualche riparazione di minore rilievo, fr. 1 D. XX, 2 *In quibus causis pign.* Confr. col fr. 10 § 1 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr.*

(*n*) A quelli che hanno prestato unicamente i materiali per fabbricare, come p. e. i mattoni e cose simili, non si aspetta un tale diritto di pegno, fr. 1 D. XX, 2 *In quibus caus. pign.* — fr. 25 D. XII, *De rebus creditis.*

(*o*) fr. 91 § 6 D. XXXII, *De legat.* III, — fr. 21 D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 29 § 2 D. XX, 1 *De pign.*

(*p*) fr. 1 D. XX, 2 *In quibus caus.* « *Qui pecuniam* ob restitutionem *aedificii extruendi mutuam dedit* ».

(*q*) Nov. 97, c. 3 non fa alcun obbietto, mentre non si occupa della presente ipoteca, ma del *privilegium exigendi* (§ 270).

(*r*) § 2 *Inst.* II, 20 *De legat.* — c. 1 C. VI, 43 *Communia de legat. et fideicomm.*

(*s*) Glück XIX, p. 168 sostiene in base alla Novella 168, c. 2, che questa ipoteca non si estenda a tutti gli eredi fedecommissarii universali, ma soltanto a quelli a cui si debba restituire quanto rimanga dopo la morte dell'erede (§ 413): ma le espressioni generiche della c. 1 C. VI, 43 non appoggiano tale opinione. Vedi Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 2, p. 209.

(*t*) c. 1 in fine C. VI, 43 *Communia de legat. et fideicomm.* Da ciò consegue che le porzioni ereditarie di più eredi aggravati da un legato, non siano vincolate a pegno per l'intiero importo legato, ma soltanto per la quota a ciascuno erede incombente, Löhr nella *Dissertazione* citata pag. 213 e seguenti. Se però un erede necessario, ovvero un erede così detto *suus et necessarius* (§ 359), sia aggravato di legati o fidecommessi, i beneficati hanno sempre nel primo caso un diritto generale tacito su tutta la sostanza del defunto, e nel secondo lo hanno almeno se l'erede aggravato prima dell'acquisto dell'eredità non possedeva alcun peculio militare od avventizio. Confr. l'analisi del mio *Diritto Romano* in latino cont. nel *Giorn. della Giur. aust.* 1831, VIII, p. 309.

(*u*) Infatti l'adizione dell'eredità si retrotrae al giorno della morte del testatore; perciò vengono preferiti i legatarii e i fidejussori di creditori chirografarii del defunto nel caso che l'eredità al tempo della morte di esso fosse stata bastevole a supplire ai debiti, ma in appresso avesse subito un decremento. Vedi Löhr infine della citata *Dissertazione.* Ma se il legato avesse a devolversi soltanto posteriormente alla morte del testatore (§ 435), allora il diritto di pegno non incomincia che dal momento della seguita adizione dell'eredità, posciachè gli obblighi che insorgono dopo la morte del testatore, non posson farsi risalire fino al giorno della sua morte medesima.

(*v*) c. 30 C. V, 12 *De jure dot.* Confr. § 248 n. 3 Buchholtz nei suoi *Saggi* a p. 209. — Fritz nelle sur *Illustr. a Wening*, II, p. 450.

(*x*) Vedi Wening, I 2 § 145.

§ 248.

Della trasmissione del diritto di pegno ad altri.

Il *diritto di pegno* viene trasmesso ad un altro o per titolo universale, come nella successione ereditaria, o per un titolo particolare.

1. Ogniqualvolta dunque si cede a qualcheduno un credito, il diritto di pegno, come accessorio, passa nel cessionario, tanto se ciò fu stabilito nel contratto, quanto se non lo fu (*a*); e ciò vale anche nel caso che sia stato legato un credito assicurato con pegno; o

2. se qualcheduno mutua danaro al debitore per pagare un debito sotto condizione, che resti oppignorata a lui quella cosa che aveva in pegno il primo creditore (*b*);

3. se un creditore pignoratizio si serve del *jus offerendi*, contro degli altri (§ 265).

Inoltre, i diritti del creditore pignoratizio passano talvolta nel proprietario stesso della cosa oppignorata, con che egli resta assicurato contro altri creditori pignoratizii (*c*); e ciò ha luogo generalmente, se dalle circostanze è manifesto che quello il quale acquista la proprietà di una cosa non abbia rinunziato al diritto di pegno per garantirsi del danno a cui altrimenti andrebbe soggetto ciò che si verifica ne' seguenti casi:

a. Se qualcheduno compra dal debitore una cosa a molti oppignorata, poichè il compratore succede in luogo di quei creditori pignoratizii che vennero soddisfatti col suo danaro (*d*);

b. se chi acquistò la proprietà, o almeno il possesso di buona fede di una cosa oppignorata, soddisfece il creditore pignoratizio; il quale può con diritto venire astretto alla cessione del pegno (*e*);

c. se il creditore stesso od un fidejussore acquistò la proprietà della cosa oppignorata (*f*);

d. se finalmente la legge accorda a certe persone per maggior sicurezza oltre la proprietà anche il diritto di pegno sulla cosa stessa, questo ha senza dubbio pieno vigore (*g*).

TITOLO III.

Effetti del diritto di pegno.

§ 249.

Diritti del debitore pignoratizio.

Il *debitore* che dà un pegno, ritiene la proprietà e l'usufrutto della cosa oppignorata; egli la può rivendicare ed alienare (*a*), coll'eccezione

(*a*) fr. 2 pr. fr. 6 D. XVIII, 4 *De hered. vel. act. vend.* — fr. 177 pr. D. L, 17 *De reg. jur.* — c. 2, 14 C. VIII, 41 *De fidejuss.*

(*b*) fr. 3 in pr. D. XX, 3 *Quae res pign.* — fr. 12 § 8 D. XX, 4 *Qui potior.* — c. 1 C. VIII, 16 *De his qui in prior., hered. locum succedunt.*

(*c*) Wening nell'*Archiv. della Prat. civ.* VI, 1, p. 134-150. — Francke *Dissertazioni di Diritto civ.* Gottinga 1826, p. 107 confrontato con Zimmern negli *Annali* di Schunk VI, 1, p. 38-41, e Meyer nel *Giornale critico* di Tobinga II, p. 107 110.

(*d*) fr. 17 D. XX, 4 *Qui potior. in pign.* — c. 3 C. VIII, 19 *De his qui in prior. cred. locum.*

(*e*) fr. 19 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*f*) fr. 6 D. XX, 5 *De distract. pign.* — fr. 30 § 1 D. XLIV, *De except. rei jud.* — fr. 59 pr. D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* Confr. il § 252. — Nel fr. 9 pr. D. XX, 6 si riporta un caso in cui si presume che il creditore il quale comperò la cosa pignorata, abbia con ciò rinunziato al suo diritto di pegno. Veggasi la interpretazione di questo passo nel *Giorn. crit.*, II, 1, p. 109.

(*g*) Ciò avviene: 1. riguardo ai pupilli relativamente alle cose acquistate dai tutori coi danari di loro ragione (§ 247, II); 2. riguardo ai figli relativamente agli utili delle nozze, se il padre o la madre passarono a seconde nozze, c. 6 § 2 C. V, 9 *De secund. nupt.* (§ 246 IV); 3. riguardo alla moglie ortodossa in quanto alla dote. Si confr. il § 247.

(*a*) fr. 35 § 1 D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 21 § 2 D. XX, 1 *De pign. et hyphot.* — fr. 12 pr. D. XX, *De distr. pign.* — c. 9 C. IV, 24 *De pign. act.* — c. 12 C. VIII, 28 *De distr. pign.* L'azione di proprietà può dirigersi anche contro un creditore con pegno che sia possessore illegittimo. La

soltanto che la alienazione di una cosa mobile, soggetta a pegno speciale, senza consaputa del creditore, vien considerata come un furto (*b*), senza per altro che venga per ciò di regola impedita la traslazione della proprietà (*c*) (§ 630).

Inoltre, il debitore per oppignorare anche ad altri la cosa già oppignorata, purchè egli dichiari ch'essa è già affetta di pegno, poichè, se omette questa dichiarazione, deve prestare al successivo creditore il pieno interesse (*d*).

Finalmente, egli ha sempre il possesso civile (§ 182, nota *m*), nel pegno pretorio anche il possesso in senso proprio (§ 244), e nella ipoteca perfino la detenzione.

§ 250.
Diritti del creditore pignoratizio.

Il *creditore pignoratizio* può non solo far valere contro ogni possessore della cosa oppignorata il suo diritto di pegno (§ 255), ma eziandio trasferirlo ad altri (*a*) (§ 238), in quanto il debito per cui esso costituisce un tale suppegno non eccede il proprio suo credito (*b*); e questo suppegno dura finchè il primo od il secondo creditore viene soddisfatto (*c*).

Esso può inoltre pretendere il risarcimento delle spese necessarie, e delle utili, se però modiche, fatte per la cosa oppignorata (*d*); ma il suo principale diritto consiste nell'alienazione del pegno, se il debitore non paga a tempo debito.

§ 251.
Dell'alienazione del pegno (*a*).

L'*alienazione del pegno* consiste nella vendita legittima della cosa oppignorata, ed il diritto alla stessa è necessariamente congiunto col pegno (*b*), se il debitore non effettua a tempo debito il pagamento (*c*); o se resta insoluta una parte qualunque benchè minima del debito stesso (*d*).

Se il pagamento deve seguire in rate determinate, il pegno, non può ordinariamente venir venduto prima che sieno trascorse tutte (*e*).

La vendita poi deve essere eseguita nel modo seguente: se il creditore

c. 9 C. VIII, 14 *De pign.* non fa contro, mentre essa si riferisce al creditore che si trova in possesso legittimo, Glück XVIII, p. 180.

(*b*) fr. 19 § 6, fr. 68 (66) pr. D. XLVII, 2 *De furtis.* — fr. 3 § 1 D. XLVII, 26 *Stellionatus.*

(*c*) fr. 36 D. IX, 4 *De noxal. act.*

(*d*) fr. 16 § 1, fr. 36 § 1 D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 15 § 2 D. XX, 1 *De pign.*

(*a*) C. VIII, 24 *Si pignus pignori datum sit.* Il secondo creditore ipotecario però non acquista un'azione personale in confronto del debitore originario, fuorchè nel caso che fosse stato istituito in pegno il credito stesso, c. 4 C. VIII, 17 *Quae res. pign.* § 254, n. 4.

(*b*) fr. 13 § 2 in pr. D. XX, 1 *De pign.*

(*c*) fr. 40 § 2 D. XIII, 7 *De pign. act.* — c. 2 C. VIII, 24 *Si pign. pignor.* Conviene però osservare, che, trattandosi di un'obbligazione per cui si debba prestare non già del denaro ma *una cosa in senso stretto*, se questa fu consegnata al suppignorante, si estingue bensì il suo pegno del secondo creditore, ma esso acquista invece il diritto di pegno sulla cosa consegnata al suo debitore. Suppongasi p. e. che *A* debba rilasciare a *B* un fondo, e che a cauzione di un tal diritto abbia costituita in pegno a favore di *B* la sua casa, e che *B* abbia poi ceduto il suo diritto di pegno in suppegno a *C*, Se ora *A*, com' è suo debito, rilascia il fondo a *B*, egli è naturale che cessa il suppegno di *C*. sulla casa, ma esso acquista però il diritto di pegno sulla medesima, fr. 13 § 2, p. 20, 1, ed Hepp nell'*Arch. della Prat. civ.* XIII, 3, p. 355.

(*d*) fr. 8 pr. § 5, fr. 25 D. XIII, 7 *De pign. act.* — c. 6 C. VIII, 13 *De pign. et hypoth.*

(*a*) D. XX, 5. — C. VIII, 28 *De distract. pign.* Confr. *Dissert. di Dir. civ.* di Muller I, Giessen 1833 n. 3. *Quali condizioni richieggansi dalla legge per la vendita del pegno, e rispettivamente affinchè il creditore possa domandarne l'aggiudicazione di proprietà?*

(*b*) Del pignoramento di un credito tratta il § 234 n. 4.

(*c*) fr. 4 D. XX, 3 hujus tit. — c. 7, 8 C. h. t.

(*d*) c. 6, C. hujus tit.

(*e*) Egli è mestieri di aver riguardo alle parole e allo spirito del contratto, fr. 8 § 3 D. XIII, 7 *De pign. act.*

vuol vendere il pegno, deve darne avviso al debitore (*f*), e dopo di questo aspettare ancora due anni (*g*), trascorsi i quali egli deve ancora notificare al debitore che esso vuole alienare il pegno, e quando voglia ciò fare (*h*).

La vendita può venir effettuata tanto pubblicamente, dietro relativo editto, quanto anche privatamente (*i*), soltanto i pegni giudiciali si devono vendere al pubblico incanto, il quale può aver luogo due mesi dopo l'apprensione del pegno mediante i servi d'uffizio (*k*), previa per altro notifica ai creditori che già prima avevano ottenuto un pegno sulla cosa stessa (*l*).

Del resto, nella vendita bisogna procedere con onestà e moderazione, e perciò non è lecito di vendere la cosa per un prezzo meschino (*m*), come neppure di vendere più del necessario per venir soddisfatti (*n*).

Se il pegno consiste in più oggetti, il creditore può bensì scegliere quello da vendersi (*o*); ma se per un debito solo, oltre ad un'ipoteca generale, ve n'è anche una speciale, il creditore è obbligato di alienare prima questa (*p*).

§ 252.
Effetti dell' alienazione.

I. La vendita legalmente eseguita produce l'effetto,

1. che il creditore si procaccia il pagamento del prezzo ricavato dalla vendita (*a*), e che soltanto l'avanzo viene restituito al debitore (*b*), ovvero consegnato ad un creditor posteriore che per avventura vi fosse (*c*);

2. che il compratore acquista sul pegno comprato i medesimi diritti che aveva il debitore stesso, appunto come se l'alienazione fosse stata fatta da questo (*d*); perciò non è lecito al debitore di ripetere dal compratore la cosa, mediante offerta del prezzo d'acquisto (*e*), se non gli fu riservato questo diritto nella vendita (*f*), o se la cosa fu trasferita ad un successivo creditore pignoratizio, o fidejussore (*g*);

(*f*) c. 4 C. VIII, 28 hujus tit. Eccettuato il caso che il creditore abbia conseguito una sentenza contro il debitore, poichè allora la pubblicazione della sentenza equivale alla *notifica*, c. 3 § 1 C. VIII, 34 *De jure dom. impetr.*

(*g*) c. 3 § 1 C. VIII, 34 *De jure dom. impetr.*

(*h*) c. 4 § VIII, 28 hujus tit.

(*i*) c. 4 C. VIII, 28 hujus tit. — c. 3 C. VII, 53 *De execut. rei jud.* Confr. con c. 3 pr. § 1 C. VIII, 34 *De jure dominii impetr.*

(*k*) fr. 31 D. XLII, 1 *De re judicata.* — 2. C. VIII, 23 *Si in caus. jud. pign. cap.* Se il fisco vuol procedere alla vendita delle cose dei suoi debitori pignorate per qualsiasi titolo, deve farlo per mezzo della pubblica asta; per altro deesi prima stimare la cosa, e il creditore ne acquista l'assoluta proprietà quando ne paghi almeno il prezzo di stima, c. 16 C. IV, 44. - Di regola si deve concedere all'impetito nella sentenza un termine di quattro mesi per soddisfare al suo debito, prima di procedere alla esecuzione (c. 2, 3 § 1 C. VII, 54); da questa regola si hanno però delle eccezioni. Vedi Müller *Dissert.* I, p. 127.

(*l*) c. 6, 8 C. VIII, 26 *De rem. pign.*

(*m*) c. 3 C. VIII, 30 *Si vendito pignore.*

(*n*) c. 1 C. VIII, 34 *De jure domini impetr.*

(*o*) fr. 8 D. XX, 3 hujus tit (*De distr. pign.*).

(*p*) c. 9 C. VIII, 2 hujus tit. Bene interpretato fu questo passo di legge da Hepp nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 3, pag. 369. — c. 2 C. VIII, 14 *De pign.*

(*a*) fr. 26 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*b*) fr. 21 § 3 in fine D. XX, 1 *De pign.* — c. 20 C. VIII, 28 hujus tit. Ma il debitore non può domandare quanto sopravvanza, se non dopochè il compratore abbia pagato il prezzo, fr. 24 § 2 D. XIII, 7 *De pign. act.* Il fr. 42 D. XIII, 7 tratta del caso in cui il creditore si trovi in colpa, come osserva appunto lo scoliasta greco delle Basiliche. Vedi Glück XIV, p. 129 e 132. Se poi il prezzo ricavato non basti alla totale estinzione del debito, allora il creditore conserva tuttavia un'azione personale in confronto del debitore, fr. 9 pr. § 1 D. XX, 5 hujus tit. — c. 3 C. VIII, 28 hujus tit.

(*c*) fr. 20 D. XV, 4 *Qui potior.*

(*d*) c. 15, 18 C. VIII, 28 hujus tit.

(*e*) c. 2 C. VIII, 20 *Si antiquior creditor.*

(*f*) fr. 13 pr. D. XII, 7 *De pign. act.* —fr. 7 pr. § 1 D. XX, 5 hujus tit.

(*g*) fr. 2 fr. 5 § 1, fr. 6 D. XX, 5 hujus tit. — fr. 59 D. XLVI, 1 *De fidejuss.* — fram. 59 § 1 D. XVIII, 1 *Mandati.*

3. che il creditore non presta alcuna evizione (*h*), poichè quest'obbligo tocca al debitore (*i*); tranne se il creditore l'avesse espressamente promessa, ovvero alienata dolosamente una cosa ch'egli sapeva appartenere ad altrui (*k*), ovvero se il debitore stesso avesse rivendicato il pegno, illegittimamente dal creditore venduto (*l*), o finalmente se la cosa fosse stata evinta da un creditor pignoratizio più forte (*m*).

II. Se l'alienazione fu illegittimamente eseguita, e se

1. il creditore alienò il pegno senza qualsiasi fondamento legale, o contro le condizioni del contratto (§ 630), il debitore in tal caso la può rivendicare da qualunque possessore, e pretendere specialmente dal creditore l'interesse (*n*); ma se

2. il creditore eseguì l'alienazione, bensì con pieno diritto, ma trascura tuttavia le prescritte formalità (§ precedente nella nota *i*), o vendè con mala fede, ed oltre la misura, la vendita resta bensì in vigore, ma compete al debitore l'azione personale di pegno contro il creditore per conseguimento dell'interesse (*o*), tanto se fra questo ed il compratore vi fu una dolosa collusione, quanto se non ve ne fu; che se il creditore pignoratizio è insolvente, dipende in ambedue i detti casi dal libero arbitrio del debitore di ripetere la cosa coi suoi frutti verso esborso del prezzo e suoi interessi (*p*).

(*h*) C. VIII, 46 *Creditorem evictionem pignoris non debere*. — fr. 11 § 16 D. XIX, 1 *De act. emt. venditi*.
(*i*) fr. 10 D. XX, 5 hujus tit.
(*k*) c. 2 C. VIII, 46 *Creditorem evict.*
(*l*) Vedi le note più sotto.
(*m*) c. 1 D. VIII, 46 cit.
(*n*) c. 5, 8 C. VIII, 28 *De distr. pign.* — c. 2 C. VIII, 30 *Si vendito pign. agatur*.
(*o*) c. 7 C. VIII, 28 *De distr. pign.* Confronta le note del paragrafo anteriore.
(*p*) c. 1, 4 C. VIII, 30 *Si vendito pign. agat.*

§ 253.

Quando il creditore possa acquistare la proprietà del pegno (*a*).

Se non vi è alcun compratore, o se nessuno offre un giusto prezzo, il pegno può essere acquistato dallo stesso creditore, tuttavia colla distinzione seguente:

Un pegno giudiziale viene al creditore aggiudicato pel debito in modo irrevocabile, cosicchè nè il creditore è tenuto ad esborsare il sopra più, nè il debitore ciò che manca (*b*). Se per un pegno di altra specie non si trova alcun compratore, bisogna darne al debitore nuovo avviso, e destinargli un certo giorno al pagamento; se esso trascura di nuovo questo termine, il creditore può, mediante un rescritto imperiale, acquistare la proprietà del pegno, tuttavia colla condizione ch'esso paghi al debitore o agli altri creditori l'importo che eccede il suo credito, restandogli il diritto di esigere dal debitore mediante un'azione personale, ciò che manca al pareggio del suo credito; e restando altresì libero al debitore di riscattare entro due anni la cosa, tranne se il creditore l'avesse in questo frattempo ulteriormente venduta (*c*). Nel resto, un creditore con pegno generale, non può pretendere che gli venga ag-

(*a*) C. VIII, *De jure Domini impetr.*
(*b*) fr. 15 § 3 D. XLII 1 *De reb. auct. jud. poss.* — La stessa disposizione contiene la c. 3 C. VIII, 23 *Si in causa judicati*, e dal confronto di quelle due leggi sembra che una tal massima di Diritto sia stata introdotta da un rescritto imperiale, ma che però in dati casi un tale rescritto non sia necessario. Warnkönig, I, n. 382. — c. 2 C. VIII, 23, eod. — Müller nella succitata *Disser.* p. 131-138 ha in parte delle viste differenti sul pegno giudiziale.
(*c*) fr. 24 pr. D. XIII, 7 *De pign act.* — fr. 63 § 4 D. XLI, 1 *De adquir. rer. domin.* — n. 3-5 C. VIII, 34 *De jure domin. impetr.*, dai quali citati e specialmente dalla c. 3 C. cit. si evince inoltre quali cautele siano da usarsi nel caso che il debitore sia assente.

giudicata in proprietà la intiera sostanza del debitore, ma l'aggiudicazione può aver luogo soltanto per i singoli oggetti, dopo aver osservate tutte le formalità necessarie alla vendita (*d*).

Ciò che abbiamo esposto circa l'alienazione del pegno, può venir in varie guise modificato mediante patti accessorj (§ 630).

§ 254.
Effetti del pegno sopra una cosa incorporale.

Il creditore, a cui:

1. fu dato in pegno l'enfiteusi o il diritto superficiario, gode gli stessi diritti di quello che ottenne in pegno una cosa corporale (*a*).

Quegli a cui:

2. fu costituito in pegno l' usufrutto e l'abitazione gode gli stessi diritti di quelli che, mediante compera, acquistarono l'esercizio di tali diritti (*b*).

Se il proprietario di un fondo ha data in pegno una servitù, il creditore esercita il suo diritto nello stesso modo che gli altri a cui competono delle servitù, e può alienarlo, se non ottiene in tempo debito il pagamento (§ 238 in fine).

3. Se fu costituito un suppegno, il secondo creditore pignoratizio può ripetere ed alienare la cosa oppignorata, ma del prezzo ricavatone non si può appropriare più di ciò che importava il credito del primo creditore (*c*) (§ 250 in principio).

4. Se fu oppignorato un credito (§ 238), il creditore può venderlo (*d*), o intentare utilmente contro il debitore del suppignorante la stessa azione che sarebbe competuta a questo (*e*). S' intende poi da sè che a quest'azione si possono opporre le stesse eccezioni che si possono fare al creditore originario, e che nel caso che il debito venga in qual si voglia modo estinto, si estingue il diritto di pegno non meno che se la cosa oppignorata perisce (*f*).

Se l'oggetto del credito consiste in denaro contante, il secondo creditore se ne può pagare, se lo acquista dal debitore (*g*); ma se l'oggetto del credito consiste in un'altra cosa corporale, ed il debitore la presta, il creditore suppignoratizio acquista allora il diritto di pegno su questa cosa insieme alla facoltà di alienarla (§ 238).

§ 255.
Dell'azione ipotecaria.

A sostegno del suo diritto compete al creditore l'azione ipotecaria (*actio hypothecaria*) (*a*), mediante la quale esso ripete da ogni possessore la cosa oppignorata (*b*).

(*d*) c. 1 C. VIII, 34 eod. Müller nella succitata *Dissert.* p. 116.

(*a*) fr. 16 § 2 D. XIII, 7 *De pign act.* — fr. 13 § 3 D. XX, 1 *De pignor.*

(*b*) fr. 11 § 2 D. XX, 1 *De pign.* Confr. § 238, nota *g* e *h*.

(*c*) fr. 13 § 2 D. XX, 1 *De pign.* — c. 1, 2 C. VIII, 24 *Si pignus pignori datum sit.*

(*d*) c. 7 C. IV, 39 *De hered. vel act. vend.*

(*e*) fr. 20 D. XX, 1 *De pign.* — c. 7 C. IV, 39 *De hereditate vel act. vendita.* — c. 4 C. VIII, 17 *Qua res pign.*

(*f*) c. 4 C. VIII, 17 eod.

(*g*) c. 4 C. VIII, 17 eod.

(*a*) Il Pretore Servio concesse da prima al locatore di un fondo rustico un'azione perciò detta *Serviana*, onde ottenere il possesso delle cose date in pegno dal conduttore. Quest'azione venne poi sotto il nome di *quasi-Serviana*, ovvero ipotecaria, estesa a tutti gli altri creditori con pegno, § 7 *Inst.* IV, 6 *De act.*

(*b*) Per ciò essa diversifica dall'*actio pignoratitia* che sorge dal contratto ed è solamente personale, sebbene i nomi di queste due azioni si usino bene spesso promiscuamente, fr. 7 § 12 D. X, 3 *Commun. div.* — fr. 41 D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 22 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 9 pr. D. XX, 6 *Quibus modis pign. vel hypoth. solv.* Tale azione fu introdotta per analogia dell'azione di proprietà, fr 11 § 1 D. XX, 6 eod., perciò si appella anche *utilis vindicatio*, fr. 16 D. VIII, 1 *De servit.*

Quest'azione compete dunque al creditore pignoratizio che non possiede la cosa oppignorata senza distinzione s'egli non l'abbia posseduta mai, ovvero ne abbia perduto il possesso (*c*).

Essa compete non solo al primo creditore, ma ben anche al susseguente, coll'eccezione che questo non se ne può servire contro un creditore più forte (*d*).

Essa colpisce il possessore della cosa oppignorata, sia questi il debitore stesso, ovvero un terzo, od un altro creditore più debole (*e*).

Il suo scopo si è di acquistare il possesso della cosa oppignorata unitamente all'accessione (*f*) (§ 239); e perciò il creditore si può servir di quest'azione non solo alla scadenza del credito, ma anche prima, in quanto gliene cale (*g*), ciò che ha luogo specialmente nel caso ch'egli abbia perduto il possesso del pegno contro sua voglia (*h*). Con quest'azione non si può pretendere che venga pagato il debito, tranne se il convenuto fosse lo stesso debitore; un estraneo però si può liberar dall'azione mediante pagamento del debito (*i*). Riguardo alla prova, bisogna distinguere se il convenuto sia il debitore, ovvero un terzo.

Se è il debitore stesso, basta provare il fatto del pignoramento (*k*), nè si richiede di più se il convenuto è un terzo, qualora questo abbia acquistata dal debitore la cosa già oppignorata (*l*); in caso diverso chi agisce contro un terzo deve provare non solo il fatto dell'oppignorazione, ma altresì che la cosa quando fu oppignorata era proprietà del debitore (*m*), e finalmente, se il convenuto è anch'esso un creditore pignoratizio, che esso (l'attore) abbia la preferenza (*n*).

Anche il possesso dell'avversario si deve, in regola, provare come apparisca dalla natura stessa dell'azione che tende all'acquisto del possesso (*o*).

§ 256.
Eccezioni principali che si possono opporre all'azione ipotecaria. I. dell'ordine, II. della prescrizione.

I. Un terzo che possede la cosa oppignorata, e che non può venir impetito mediante un'azione personale, ha diritto, in virtù di una nuova costituzione di Giustiniano (*a*), di chie-

(*c*) fr. 28 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*d*) fr. 12 pr. in fine e § 7 D. XX, 4 *Qui potior. in pign.*

(*e*) fr. 12 pr. § 7 D. XX, 4 eod. Chi simula di possedere la cosa viene condannato come nell'azione rivendicatoria a pagare il prezzo, da fissarsi dall'attore mercè il giuramento estimatorio, fr. 16 § 3 D. XX, 1 *De pign.*

(*f*) Se però il possessore di buona fede avrà migliorata la cosa, gli si dovranno compensare le spese, fr. 29 § 2 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 44 § 1 D. XXXIX, 2 *De damno infecto.*

(*g*) fr. 14 pr. D. XX, 1 *De pign.*

(*h*) fr. 28 pr. D. XIII, 7 *de pign. act.*

(*i*) fr. 16 § 3 D. XX, 1 *de pign.* « *Sine vero possideat etc.* » — fr. 16 § 1 D. XX, 6 *Quibus modis pign. solv.*

(*k*) fr. 12 § 1 D. XX, 6 eod. — fr. 21 § 1 D. XX, 1 *De pign.* Qualora però l'impetito non sostenga che la cosa non era sua al tempo che fu costituito il pegno, confr. § 242 nota *d.*

(*l*) Glück XVIII, p. 388.

(*m*) fr. 23 D. XXII, 3 *de probat.* — fr. 15 § 1 D. XX, 1 *de pign.*

(*n*) fr. 12 pr. fr. 14 D. XX, *Qui potior.*

(*o*) fr. 16 § 3 D. XX, 1 *de pign.* Trattandosi di una ipoteca non è necessario di provare il possesso nel debitore, poichè questo viene presunto fino a che il debitore non addimostri il contrario. Vedi Günther § 696.

(*a*) Con la Nov. 4 c. 2 venne abrogato il Diritto antico, in forza del quale in difetto di un patto in contrario era rimesso all'arbitrio del creditore d'impetire prima il debitore principale o il fidejussore, oppure chi possedeva il pegno di qualunque specie si fosse, c. 2, 5 C. VIII, 41 *de fidejuss. et mandat.* — fram. 20 D. XII, 7 *de condict. indeb.* Ma Giustiniano con la suddetta Nov. ha introdotto un ordine diverso, per cui si deve impetire prima il debitore principale o il suo erede, poi il fidejussore, indi il possessore delle cose date in pegno dal debitore, e finalmente il possessore delle cose costituite in pegno dal fidejussore.

dere, tanto nel pegno speciale che nel generale (*b*), che l'attore impetisca prima il debitore e suoi fidejussori, e ciò si suol chiamare il beneficio dell'ordine (*beneficium excussionis seu ordinis*).

Tuttavia cessa questo benefizio:

1. se è noto che debitore e fidejussore sono insolventi;

2. se essi sono assenti nè ritornano entro il termine dal giudice stabilito (*c*);

3. se l'attore era già in possesso della cosa, ma lo ha perduto (*d*);

4. se il debitore alienò la cosa soltanto dopo che fu accampata l'azione ipotecaria, sia che chi ha ricevuta la cosa sapesse o no ch'era oppignorata (*e*);

5. se l'oggetto del pegno era un credito (*f*).

Da ciò che abbiamo detto (§ 251 in fine) circa la necessità di vendere prima il pegno speciale, si può conchiudere che questa eccezione dell'ordine competa anche al debitore, o ad un creditore pignoratizio più debole contro di quello che, oltre il generale, ha un pegno anche speciale, onde costringere mediante questa eccezione l'attore alla vendita delle cose *specialmente* oppignorate (*g*).

II. Anche l'eccezione della prescrizione ha qualche cosa di particolare nell'azione ipotecaria. Contro il debitore e di lui eredi dura quest'azione 40 anni; contro un terzo, se non acquistò prima la libera proprietà della cosa oppignorata secondo le regole dell'usucapione, dura la stessa 30 anni; contro un creditore pignoratizio più debole in vita del debitore dura egualmente 40 anni; dopo la morte di quest'ultimo, ora 40, ora 30 anni, secondo che il convenuto si vuol far imputare o no il tempo in cui la cosa fu posseduta da lui stesso ovvero dal debitore mentre era in vita (*h*).

§ 257.
L'interdetto Salviano.

Oltre agl'interdetti possessorj compete al creditore anche un interdetto pel conseguimento del possesso di una cosa ch'esso ancora non ha mai avu-

(*b*) Nulla dispone in contrario la Novella 112, cap. 1 mentre questa non dee applicarsi se non al caso accennato in questo paragrafo più avanti al 4.°

(*c*) Nov. 4, c. 1, 2.

(*d*) Wening I, 2, § 166 innanzi la lettera prima ed altri.

(*e*) Nov. 112, c. 1.

(*f*) F. Gesterding *Intorno ai crediti come oggetto di pegno*, Greiswalde 1812, § 8.

(*g*) Questo diritto compete indubbiamente al creditore ipotecario più debole che ha in pegno una cosa compresa nell'ipoteca generale sussistente a favore di un terzo, il quale oltre alla suddetta ipoteca generale abbia anche il pegno speciale sopra singole cose; cosicchè il creditore più forte è tenuto ad esperire la esecuzione prima su queste, c. 2, C. VIII, 14 *de pign.* Giustamente interpretando la c. 9 C. VIII, 28 *de distr. pign.* conviene estendere un tale diritto anche al debitore. È poi disputabile se si aspetti la stessa prerogativa anco al terzo possessore della cosa data in pegno. Quei giureconsulti che considerano il menzionato diritto come un *jus singolare*, debbono, per esser consentanei a sè stessi, negare che lo si possa estendere anco al terzo possessore, Hepp nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 3, p. 370. Schröter nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* I, 2, p. 327. Ammesso però che la contemporanea costituzione del pegno speciale e del generale inchiuda la tacita volontà del debitore che il creditore si debba attenere prima alle cose *specialmente* pignorate, converrà attribuire un tale diritto anco al terzo possessore; la quale opinione fu sostenuta già da Zimmern nel *Giorn. pel Dir. e Proc. civ* I, 1, p. 47, e da Thibaut nell'*Archiv. della Prat. civ.* XVII, p. 1-30, e specialmente a p. 24 con tali e così forti argomenti, che noi crediamo di dovere attenerci al di lui parere. Thibaut fece in ispecialità riflettere nell'anzidetta *Dissertazione* a p. 25, non doversi confonder col presente il caso ben diverso, che siasi prima ipotecata la totalità dei beni e sieno poi state date in pegno ancora alcune singole parti della sostanza medesima, mentre in questo secondo caso, per la natura stessa della cosa, non viene già imposta alcuna limitazione al debitore, ma gli vengono piuttosto per sua tranquillità indicate alcune singole parti della facoltà.

(*h*) c. 7 pr. §§ 1 e 2, C. VIII, 39 *De praescript. 30 vel 40 annor.*

to, cioè l'*interdetto Salviano* (*a*), il quale venne accordato al locatore di un fondo rustico contro il conduttore (*b*), per ottenere il possesso di quelle cose che quest'ultimo oppignorò per la mercede, ed importò nel fondo (*c*).

L'*interdetto quasi-salviano* applicato utilmente ad altri creditori non sembra fondato nei nostri fonti (*d*).

TITOLO IV.

Della estinzione del diritto di pegno (*a*).

§ 258.

Estinzione del diritto di pegno.

I. *per cagioni sue proprie:* 1. *mediante pagamento del debito principale; e* 2. *mediante alienazione del pegno.*

I. Se il debito principale (*b*) viene estinto per intiero (*c*), deve necessariamente estinguersi anche il *diritto di pegno,* come parte accessoria del medesimo (*d*). Se per una causa inerente al contratto viene annullata questa estinzione, e il debito principale rivive, in tal caso torna in vigore anche il diritto di pegno (*e*).

II. Se il creditore aliena cosa oppignorata, si estingue non solo il diritto di pegno dell'alienante, ma ben anche quello dei successivi creditori (*f*). Tuttavia ciò non ha luogo se l'alienazione venne eseguita da un creditore pignoratizio più debole (*g*), ovvero dal debitore medesimo (*h*).

§ 259.

II. *Per cause generali:* 3. *mediante decorso del tempo;* 4. *mediante confusione;* 5. *deperimento del pegno;* 6. *rivocazione* ex tunc *della proprietà del debitore;* 7. *e prescrizione.*

III. Il *pegno* inoltre si estingue mediante decorso del tempo pel quale era costituito, o mediante l'evenienza della condizione resolutiva (*a*).

(*a*) D. XLIII, 33 *de Salviano interdicto.* — C VIII, 9 *de precario et Salviano interdicto.* — Huschke *Studj di Dir. rom.*, Breslavia 1830, n. 4.

(*b*) c. 1 C. hujus tit. Alcuni in base al fr. 1 § 1, D. hujus tit., sostengono che questo interdetto sia efficace contro qualsiasi possessore; però Mackeldey § 325 e Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* XI, 1, p. 141 sostengono che vi abbia un'aperta contraddizione tra i Digesti ed il Codice, e che questo debba a quelli prevalere. Di opinione differente sono Huschke, p. 383 e Fritz *Illustr. a Wening* II, p. 510.

(*c*) 3 *Inst.* IV, 15 *de interdictis.*

(*d*) Thibaut nella citata *Dissertaz.* dalla c. 1 C. hujus tit. « *adversus conductorem*, debitoremve *competit* » ne deduce il contrario. - Quest'autore rigetta la interpretazione della detta legge proposta da Zimmern nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* I, p. 54. Vedi Thibaut alla p. 138 nell'anzidetta *Dissertaz.* contro di che replicò Zimmern nell'*Ar. della Prat. civ.* XI, 3, p. 345. A noi sembra però che Huschke p. 349-363 sia riuscito a provare la giustezza della nostra opinione restrittiva, e a bene interpretare la c. 1 C. hujus tit.

(*a*) D. XX, 6 *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.*

(*b*) fr. 11 § 1, 5 D. XIII, 7 *de pign. act.* — fr. 4 D. XX, 4 *Quib. potior.* — fr. 6 pr. D. XX, 6 hujus tit. — c. 19 C. IV, 32 *de usur.*

(*c*) 1, 240.

(*d*) Molti sono d'avviso che l'azione ipotecaria non si estingua quantunque fosse già prescritta l'azione personale. Ciò deriva da una falsa interpretazione della c. 2 C. VIII, 31 *de luitione pign.* poichè questa Costituzione altro non contiene se non il principio che si possa costituire un pegno anche per obbligazioni meramente naturali, Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* X, 1, p. 83. Anche Buchholtz nei suoi *Saggi*, p. 391, spiega quella Costituzione in modo soddisfacente, sebbene diverso. — Anche per la novazione del debito principale (§ 637) si estingue il pegno, se non fu pattuito altrimenti, fr. 18 D. XLVI, 2 *de novat.* combinato col fr. 11 § 1 D. XIII, 7 *de pign. act.* — fr. 3 pr. fr. 12 § 5 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*e*) fr. 10 § 1 D. IV, 2 *Quod metus causa.*

(*f*) c. 6, 7 C. IV, 10 *de oblig. et act.* — c. 1 C. VIII, 20 *Si antiquior creditor.*

(*g*) fr. 2 pr. § 7 D. XX, 4 *Qui potior.* — fr. 1 D. XX, 5 *de distr. pign.* — c. 3 C. VIII, 20 *Si ant. creditor.*

(*h*) Si confronti però il § 260, n. 4. — Pegli eredi che adirono la eredità col beneficio dell'inventario avvi la eccezione che le cose da loro alienate restano svincolate dal pegno, per modo che i compratori di esse non possono venire impetiti da parte di qualsiasi creditore ipotecario, c. 22 § 5, 6, 8 C. VI, 30 *de jure delib.*

(*a*) fr. 6 pr. D. XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.*

IV. Mediante consolidazione, cioè se concorrono nella stessa persona il diritto di pegno e la proprietà (*b*).

È tuttavia da notarsi, che talvolta non ha luogo la consolidazione, quantunque taluno abbia acquistata la proprietà della cosa oppignoratagli, cosicchè esso conserva l'ipoteca anche sulla cosa propria, per difendersi contro creditori pignoratizj più deboli (§ 248 in fine).

V. Mediante deperimento di tutela la cosa (*c*).

Ma il diritto di pegno non si perde nè per deperimento parziale della cosa, nè per una trasformazione della medesima, tranne se avesse avuto luogo una tale specificazione che la cosa non possa più riacquistare la sua primiera figura (*d*).

Segue poi necessariamente dai principj circa il pegno generale, che una cosa a questo soggetta, benchè trasformata in qualunque modo dal debitore medesimo, non cessa per questo di restar oppignorata. Se la cosa perita fu di nuovo rimessa, rivive anche il diritto di pegno (*e*).

VI. Se la proprietà del debitore viene rivocata *ex tunc*, il diritto di pegno si perde non meno (*f*) che se andasse estinto in qualsisia modo, un altro diritto oppignorato (*g*). Perciò se era oppignorato il diritto stesso di pegno, ovvero un credito, cessa il diritto del creditore suppignoratizio nello stesso momento che il primo creditore venne in qualsiasi maniera soddisfatto (*h*).

Ma se il creditore era stato informato dell' ulteriore oppignorazione, non si estingue perciò il diritto di pegno, quantunque il primo debitore sia stato soddisfatto (*i*).

VII. Come l'azione ipotecaria si estingua mediante prescrizione, l'abbiamo già spiegato (§ 256).

Essa può tuttavia estinguersi anche mediante usucapione, se taluno possedeva per un giusto titolo come libera, e per tutto il tempo dalla legge prescritto, una cosa oppignorata (*k*).

Nel resto è ben naturale che, se cessa in tal modo il diritto di pegno, il creditore non perde per ciò la sua azione personale contro il debitore (*l*).

§ 260.

Remissione del diritto di pegno.

Finalmente VIII. cessa il *diritto di pegno per remissione* tanto espressa che tacita, purchè a chi l'ha fatta competa la libera disposizione sulla propria sostanza (*a*).

Espressamente si rilascia il pegno mediante contratto (*b*), e in questa guisa si può rilasciare non solo tutto il pegno, ma benanche una parte (*c*) di esso non solo il convenzionale, ma benanche il legale (*d*).

Tacitamente rilasciato si presume il pegno nei seguenti casi, se il cre-

(*b*) fr. 20 § 3, fr. 29 D. XIII, 7 *de pign. act.*
(*c*) fr. 8 pr. D. XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.* — fr. 21 D. XIII, 7 *de pign. act.*
(*d*) fr. 18 § 3 D. XIII, 7 eod. Confr. § 239.
(*e*) fr. 29 § 2, fr. 35 D. XX, 1 *de pign.*
(*f*) fr. 4 § 3 D. XVIII, 2 *de in diem addict.* — fr. 3 D. XX, 6 *Quib. modis pign. solv.* - c. ult. § 3 C. VI, 43 *Communia de legat.*
(*g*) fr. 31 D. XX, 1 *de pign.* — c. 1 C. VIII, 24 *Si pign. pignor. dat.*
(*h*) fr. 40 § 3 D. XIII, 7 *de pign. act.*

(*i*) c. 4 C. VIII, 17 *Quae res pign.*
(*k*) c. 1, 2 C. VII, 36 *Si advers. credit. praescript. oppon.* — c. 7 pr. C. VII, 39 *de praescript. longiss. temp.* — c. 19 C. VIII, 45 *de evict.* Il debitore stesso però o i di lui eredi non possono mercè la prescrizione acquistare la libertà del pegno in confronto del proprietario, c. 1 C. VII, 36 *Si advers. credit.*
(*l*) c. 1 in fine C. VII, 36 eod.
(*a*) fr. 7 pr. D. XX, 6 *Quibus modis pign. solv.*
(*b*) fr. 8 § 1 D. eod. — c. 4 C. VIII, 26 *de rem. pign.*
(*c*) fr. 8 § 3, 4 D. XX, 6 cit.
(*d*) fr. 8 pr. D. XVI, 1 *Ad senatuscons. Vellej.* c. 11 C. IV, 29 *Ad senatuscons. Vellej.*

ditore non dichiarò espressamente una volontà opposta:

1. se egli restituisce il pegno, o l'istrumento d'oppignorazione; colla restituzione dell'istrumento si presume rilasciato anche il debito principale (*e*);

2. se il creditore lega al debitore il pegno (*f*).

3. se al creditore viene con suo assenso prestata invece del pegno un'altra sicurtà, p. e. mediante fidejussione, o mediante un altro pegno ricevuto colla intenzione che cessi il primo (*g*);

4. se il creditore acconsente che la cosa, da lui tenuta in pegno, sia nuovamente oppignorata; nel qual caso presumesi ch'egli abbia rinunziato non solo al pegno migliore, ma al diritto di pegno in generale (*h*), e ciò vale anche allorchè esso acconsente assolutamente, cioè senza riserva del suo diritto, che il pegno venga alienato, e l'alienazione venne appunto eseguita come fu da esso acconsentita (*i*).

Fa poi lo stesso ch'egli vi abbia dato il suo consenso prima o all'atto dell'alienazione, ovvero che l'abbia posteriormente approvata (*k*). S'egli solamente non vi ha contraddetto, il silenzio solo non contiene in sè alcun rilascio (*l*), tranne se l'alienazione è stato il fisco (*m*), o se il creditore ha taciuto maliziosamente (*n*), o finalmente se i creditori furono provocati con pubblico editto, ed essi non vi contraddissero, quantunque fossero presenti alla vendita (*o*).

TITOLO V.

Del concorso di più creditori.

§ 261.

Della preferenza nel diritto di pegno (*a*).

Se vi sono più creditori aventi pegno sulla medesima cosa, è necessario, per evitar collisioni, un certo ordine con cui essi vengano soddisfatti dietro le seguenti norme principali: vi sono dei *pegni privilegiati*, che vengono anteposti agli altri: poi seguono i *pegni pubblici*, o *quasi-pubblici*, e se sono tutti di eguale natura, il più vecchio ha la preferenza. Finalmente è da notarsi che il creditore suppignoratizio viene sempre anteposto al

(*e*) fr. 2 § 1, fr. 3 D. II, 14 *de pactis.* — c. 7 C. VIII, 26 *de remiss. pign.*

(*f*) fr. 1 § 1 D. XXXIV, 3 *de liberatione leg.*

(*g*) fr. 9 § 3 D. XIII, 7 *de pign. act.* — fr. 5 § 2, D. XX, 6 *Quibus mod. pign. solv.* - c. ult. C. VIII, 42 *de novation.* Non è poi tanto strano, come pensa Wermehren nell'*Arch. della Prat. civ.* XIII, 1, p. 47, se si ammette che in questo caso abbia luogo una tacita remissione del pegno anteriore. Infatti se il debitore dice al creditore che gli è incomodo che la sua casa sia aggravata da pegno, e si offre invece di concedergli per sua garanzia l'ipoteca sopra un fondo, ovvero gli offre dei fidejussori, ed il creditore dichiara di accettare per sua sicurezza o l'ipoteca sul fondo, oppure i fidejussori, tuttociò significa tacitamente, ossia per logica induzione, che fu rimesso il pegno sulla casa.

(*h*) fr. 9 § 1, fr. 12 pr. D. XX, 6 cit. — Vermehren nell'*Arch. della Prat. civ.* XIII, 1, pag. 33 opina che questi passi di legge non trattino se non della rinunzia al diritto di priorità. Nulla contiene in contrario il fr. 12 § 4 D. XX, 4 *Qui potior.*, poichè esso si riferisce al caso che il creditore nello acconsentire in ciò che la cosa venga aggravata di nuovo pegno, siasi espressamente riservato il proprio diritto. Glück XIX, § 1104, p. 429.

(*i*) fr. 4 § 1, 2, fr. 8 § 6,7, 11-19 D. XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.* — fr. 158 D. L, 17 *de reg. jur.* - c. 2 C. VIII, 26 *de remiss. pign.*

(*k*) fr. 4 § 1 D. XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.*

(*l*) c. 2 C. VIII, 26 *de remiss. pign.*

(*m*) c. 8 C. eod.

(*n*) c. 2 C. VIII, 16 *Si alien. res.*

(*o*) c. 6 C. VIII, 26 *de remiss. pign.*

(*a*) D XX, 4 *Qui potior. in pign. hab.* — Zimmern *Prospetto storico dei privilegi del pegno*, *contenuto nelle Disquis. di Diritto rom.* di Neustetel e Zimmern, Heidelberga 1821, p. 282-305. - A. A. de Buchholtz *Qui potiores sint. in pign.*, Regiomont, 1829, e l'analogo annunzio negli *Annali* di Schunck XIX, 2 p. 111.

creditore originario, ossia al suppignorante (*b*).

§ 262.
Dei pegni privilegiati.

Un privilegio compete:

I. Al fisco riguardo alle imposte sui beni dei sudditi (*a*), e di quelli con cui fece dei contratti: tuttavia in quest' ultimo caso il privilegio si estende solamente soltanto sulla sostanza acquistata dal debitore dopo conchiuso il contratto (*b*).

II. Alla moglie ortodossa riguardo alla dote ed all' aumento della medesima, sia che concorra con creditori muniti di pegno legale, ovvero convenzionale (*c*). Ma questo privilegio non compete nè agli eredi, nè ad altre persone che hanno il diritto di ripetere la dote (*d*), ad eccezione dei figli di primo letto che concorrono colla loro matrigna (*e*).

III. A quelli che mutuarono danaro per acquistare o conservare una cosa già oppignorata ad altri, in quanto, mediante un tal mutuo, si migliorò anche la situazione degli altri creditori pignoratizj; purchè al mutuante competa un diritto di pegno, o per legge, o in forza di un contratto speciale (*f*).

Fra questi appartengono dunque:

1. I pupilli riguardo alle cose comprate col loro danaro (*g*);

2. quelli che mutuarono danaro per restaurare edifici cadenti (*h*); poichè a questi compete già per legge un diritto di pegno. In forza di un contratto;

3. quelli che mutuarono danaro per lo acquisto di una milizia (*i*), e si stipularono un diritto di pegno sulla medesima (*k*);

4. quelli che mutuarono danaro per lo acquisto o conservazione di una cosa tanto mobile che immobile, e si riservarono sopra di questa un diritto di pegno (*l*), purchè il danaro sia

(*b*) Kaufmann § 123.

(*a*) c. 1 C. IV, 46 *Si propter publ. pens.* Ultimamente mosse dei dubbii in genere sul privilegio del fisco per le imposte arretrate G. Wächter nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV, 3, p. 386.

(*b*) fr. 28 D XLIX, 14 *de jure fisci.* Non vi si oppone nè il fr. 21 pr. D. XX, 4 *Qui potior.*, nè la c. 2 C. VII, 73 *de privil. fisci.*, non il primo, perchè quel frammento si riporta in via storica a quel tempo in cui al fisco non competeva alcun diritto di pegno tranne il caso di un patto espresso, Zimmern p. 294 e 300: non la seconda, perchè quella costituzione non parla dei beni futuri. Spangenberg nell'*Arch. della Prat. civ.* XI, 3, p. 451 opina che dal fr. 18 *de jure fisci* non si possa desumere alcuna prova per un qualsiasi privilegio competente al fisco sulla sostanza del debitore acquistata posteriormente al contratto. Confr. anche Glück XIX, p. 248-268. Sulla sostanza di un così detto *primipilus* non ha il fisco alcun pegno privilegiato, anzi verosimilmente neppure un pegno semplice. Glück, p. 74 e 267. Confronta pure la c. 4 C. VIII, 15 *In quib. caus. pign. tac.* — c. 3 C. XII, 63 *de primipilo.*

(*c*) § 29 *Inst.* IV, 6 *de action.* — c. 12 § 1 C. VIII, 18 *Qui potior.* - Nov. 97, c. 2, 3. - Rispetto alla *donatio propter nuptias*, ed ai beni parafernali non ha la moglie un tal privilegio, c. 12, § 2 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.* — Nov. 109, c. 1.

(*d*) § 29 *Inst.* IV, 6 *de act.* — Nov. 61 in fine. — Nov. 91 pr. — Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 2, p. 290.

(*e*) c. 12 § 1 C. VIII, 18 *Qui potior.* — Nov. 91 *praef.* e c. I. — In senso lato prende questo privilegio C. A. Kamptz *Nella revisione della dottrina, del passaggio del privilegio dotale nei discendenti della moglie*, Berlino 1811. Veggasi però Löhr nell'*Arch. della Proc. civ.* V, 2, p. 290-312. Ultimamente sostenne Gluck l'opinione di Kamptz nel suo *Comm.* XXVIII p. 171.

(*f*) Suolsi appellarlo *pignus ob versionem in rem*, fr. 5, fr. 6, fr. 7 pr. D. XX, 4 *Qui potior.* — c. 7 C. VIII, 18 *Qui potior.* — c. 17 C. VIII, 14 *de pign.* — Nov. 97, c. 3, 4.

(*g*) fr. 7 pr. confr. col fr. 5 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*h*) § 247, III.

(*i*) Per *militia* s' intendono certi impieghi nel palazzo dell' imperatore o presso qualche magistrato, molti dei quali erano ereditarii od alienabili, Gluck XIX, p. 293.

(*k*) Nov. 97, c. 4.

(*l*) Confronta il passo citato alla nota *f*. Che conservando la cosa, si rechi un vantaggio al pegno dei creditori preesistenti, ciò è chiaro per sè. In quanto all'acquisto, succede lo stesso, qualora competa già a taluno un pegno generale sulla sostanza presente e futura del debitore; poichè

stato veramente impiegato a tal fine (*m*).

L'ordine in cui si succedono i singoli privilegi è il seguente: il primo posto compete al fisco (*n*); poi segue chi mutuò per l'acquisto di una milizia, s'egli si pattuì il pegno privilegiato mediante un documento sottoscritto da testimonii (*o*).

Il terzo posto compete alla moglie che ripete la dote (*p*).

Gli altri pegni che sono privilegiati per l'acquisto o miglioramento di una cosa non hanno fra di loro preferenza alcuna, ma il pegno pubblico, e il quasi-pubblico, ad esso equiparato, hanno la preferenza a fronte del pegno privato, e se sono eguali anche in questo riguardo, viene anteposto il pegno più recente, perchè appunto mediante la spesa più recente si migliorò il diritto di pegno degli altri (*q*).

§ 263.

Del pegno pubblico (*a*).

Se molti pegni sopra una cosa hanno lo stesso privilegio, ovvero se sono tutti pegni semplici, il pegno *convenzionale pubblico* o *quasi-pubblico* va innanzi al privato (*b*).

se un terzo presta a quest'ultimo una somma affinchè acquisti p. e. una casa; con ciò il pegno generale resterebbe avvantaggiato; ciò ha inoltre luogo nel caso di cui il fram. 3 § 1 D. XX, 4 *Qui potior.*, o in casi consimili. Ecco il caso: taluno avendo dato a pegno un fondo prima ancora di averne il possesso, lo pignorò poi ad un altro creditore che gli prestò il danaro per acquistarlo. Qui si dà la preferenza fino all'ammontare del prezzo pagato al venditore, posciachè il diritto del precedente creditore divenne operativo soltanto mercè l'acquisto della casa fatto dal debitore. Questo privilegio viene da parecchi esteso anche al caso che sien state mutuate al debitore altre cose che danaro; ma una tale estensione basata sull'analogia ripugna ai principj generali sui privilegi. Zimmern nella citata *Diss.* p. 286.

(*m*) fr. 5 D. XX, 4 *Qui potior.* — Nov. 97, c. 3.

(*n*) Senza dubbio per le imposte prediali, fr. 7, pr. D. XXXIX, 4 *de publicanis.* — fr. 36 D. XLIX, 14 *de jure fisci.* — c. 1, 2 C. IV, 46 *Si propter publ. pensit.* — Molti aggiungono qui anche il pegno del fisco sul patrimonio che il debitore acquistò posteriormente al contratto, e ciò in base alla c. 3 C. XII 63 *de primipilo.* « *Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.* »

(*o*) Nov. 97, cap. 4. Se non fu osservata questa formalità, non sarà preferito alla moglie il creditore che ha mutuato la somma per l'acquisto di una *militia:* egli non avrà maggiori diritti degli altri creditori col cui denaro fu acquistata ovvero conservata la cosa, Zimmern p. 305.

(*p*) Nov. 97, c. 34.

(*q*) arg. fr. 5 D. XX, 4 *Qui potior.* — Seuffert I, § 217, n. 3, Warnkönig I, n. 387. In questi ultimi tempi si è vivamente disputato di nuovo, se il pegno privilegiato concesso dal proprietario posteriore sia prevalente in confronto del pegno semplice acquistato dal precedente proprietario, oppure se il pegno privilegiato dia la prelazione unicamente in confronto del creditore di quello che ha costituito il pegno. Hepp nel *Giornale del Dir. civ.* IV, 1, p. 37 sostenne quest'ultima opinione. Thibaut all'incontro nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV, 2, p. 235 e Spangenberg nel medesimo *Arch.* XIV, 1, p. 155 dichiarano per l'assoluta prevalenza dei privilegi anco in conflitto col pegno semplice accordato dal proprietario precedente. All'opposto osserva C. G. Wachter nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV, 3, p. 340 che soli principj generali di Diritto non bastano a dimostrare la giustezza dell'opinione di Hepp e concede sotto questo aspetto la preferenza a Thibaut; ma seguendo un metodo suo proprio, egli esamina, riguardo a ciascun pegno privilegiato, se a termini di legge debba in effetto prevalere anche al pegno semplice costituito dal precedente proprietario, ed a quanto ci sembra gli riuscì di provare con buoni argomenti che non si possa fondatamente sostenere una siffatta prevalenza.

(*a*) c. 11 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.* Intorno al significato di questa disposizione non sono d'accordo fra loro i Giureconsulti, Glück XVIII, § 1081, p. 278. — Löhr nell'*Arch. della Pr. civ.* VI, 1, p. 150, estende il privilegio del pegno pubblico anche agli altri pegni non contrattuali, e specialmente al pegno legale. Veggasi però Francke *Dilucidazioni di singole materie di Diritto,* Gottinga 1828, p. 105.

(*b*) L'imperatore Leone non altro dispose nella citata Costituzione, se non che il creditore avente il pegno pubblico sia da preferirsi a quello il cui diritto è solamente fondato sopra un documento privato del debitore. Quegli però che ha il pegno legale non si richiama ad un documento pubblico o privato, ma sibbene alla legge medesima, e siccome l'accennata Costituzione non parla di questo caso, così noi crediamo di poter con fondamento ritenere ch'esso non sia contenuto nella stessa: dal che desumiamo

§ 264.

Dell' ordine degli altri pegni secondo la proprietà di tempo.

Se la qualità dei pegni secondo le regole addotte è eguale, vale finalmente la massima, che il più vecchio va innanzi al più giovine (*qui prior tempore, potior jure*) (*a*). La priorità viene stabilita dal momento che fu costituito il pegno, benchè forse un altro abbia conchiuso prima il contratto principale (*b*).

La stessa regola vale se fu costituito un pegno a molti in epoche diverse dallo stesso non proprietario (*c*). Ma se fu costituito da diversi non proprietarii, è da preferirsi il possessore (*d*).

Non ha poi applicazione la detta regola:

1. se concorrono molti pegni privilegiati *ob versionem in rem* (§ 262 in fine), ovvero
2. molti pegni pretorj (§ 244).

Se fu oppignorata la stessa cosa a diverse persone nello stesso tempo, bisogna distinguere, se sia stata oppignorata a tutti per intiero (*in solidum*), ovvero in parti. Nel primo caso i creditori si servono contro terzi del loro diritto *in solidum*, ma fra di loro ha la preferenza il possessore (*e*); nel secondo caso ognuno ha diritto alla parte oppignorata in proporzione della sua pretesa (*f*).

§ 265.

Del diritto di offerta. (De jure offerendi).

Un creditore pignoratizio più debole non può senza la volontà del più forte nè vendere egli stesso la cosa oppignorata, nè costringere alla vendita quest' ultimo, o ricusargli il possesso del pegno (*a*). Neppure la vittoria in

inoltre che i pegni legali non abbiano a preporsi ai contrattuali, sieno questi pubblici o privati, se non nel caso che quelli fossero anteriori. Confronta il § seguente. Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 2, p. 161, si oppose da ultimo a questa opinione, ed in parte anche perciò specialmente che essa conduce ad un inevitabile circolo vizioso nell'esercizio del diritto di pegno, in prova di che egli adduce il seguente esempio. « Il creditore *A* ottiene una ipoteca contrattuale privata per 1000 fior. *B* ne acquista posteriormente un'altra legale per 800. *C* altra più recente contrattuale pubblica per 1200 fior. La sostanza del debitore consiste in soli 1200 fior. *A* dovrebbe cedere a *C*, e questi a *A*, e *B* nuovamente ad *A*, questi da capo a *C* e così all' infinito. — Paolo ammette come possibile un tal caso nel fr. 16 D. XX, 4 *Qui pot. in pign.* citato pure da Löhr, e quindi la nostra opinione sarebbe con ciò fondata manifestamente ed espressamente nella legge. Ma siccome qualsiasi legge deve esser interpretata in modo che non ne abbiano a risultar delle incongruenze, così sarà mestieri di non ritenere obbligatoria quella parte del succitato frammento in cui Paolo espone un'opinione contraria a quella di altri Giureconsulti (*fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam hoc justum videbatur*) dovendosi anzi ritenere giusta la sentenza a cui egli si oppone. Nel caso concreto conseguirebbe *A* solamente 1000 flor., ch'esso però deve cedere a *C*, e quindi *B* non riceverebbe che 200 fior. — Nè quest'ultimo potrebbe di ciò querelarsi, poichè esso è estraneo al rapporto che passa fra *A* e *C*. Quand'anche non fosse intervenuto *C* egli non avrebbe tuttavia conseguito più di 200 fior.; come dunque si potrebbe sostenere che per l'accidentale circostanza che interviene *C*, e invero in modo da dover essere preferito ad *A*, abbia *B* a migliorare la sua condizione primitiva, ovvero, se si ammetta il circolo vizioso, abbia esso invece a trovarsi in situazione di non poter conseguire cosa alcuna? Fritz nelle sue *Illustr. a Wening* II, p. 520 si dichiara nonpertanto anch'esso per l'opinione di Löhr.

(*a*) fr. 2, fr. 8, fr. 11, pr. D. XX, 5 *Qui potior.* — c. 2, 4, 8 C. VIII, 18 eod.

(*b*) fr. 12 § 2 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*c*) fr. 14 D. XX, 4 eod.

(*d*) fr. 14 D. eod.

(*e*) fr. 10, fr. 16 § 8 D. XX, 1 *De pign.* — fr. 1 § 1 D. III, 33 *De interdict. Salvian.*

(*f*) fr. 10, fr. 16 § 8 D. XX, 1 *De pign.*

(*a*) frammento 12 pr. § 7 D. XX, 4 *Qui potior* — frammento 1 D. XX, 5 *De distr. pign.* — c. 8 C. VIII, 18 *Qui potior.* c. 3 VIII, 20 *Si antiquior cred.* Hopp nel *Giorn. del Dir. civ. e Pr* III, 2, p. 234 è di diversa opinione. Ma a noi sembra arbitraria la interpretazione ch'egli fa della c. 8 C. VIII, 18 là dove è detto: « *nec alias secundum (creditorem) distrahendi potestatem hu-*

giudizio riportata da uno dei creditori posteriori gli giova contro gli anteriori (*b*).

Egli dunque non ha altro diritto se non che di pretendere l'avanzo, se la cosa fu alienata da un creditore più forte (§ 252 in principio), ovvero di far uso del diritto d'offerta, i di cui vantaggi consistono specialmente in ciò, che l'offerente ottiene la facoltà di vendere egli stesso il pegno, facoltà che prima non aveva, ovvero ch'egli può impedire l'alienazione del pegno, meditata dal creditore anteriore.

Il *jus offerendi* perciò è il diritto che compete al credito pignoratizio di tacitare un altro creditore anche contro di lui volontà, mediante la debita offerta e prestazione dell'intiero pagamento, e di succedere in sua vece per maggior sicurezza del proprio diritto (*c*). Questo diritto compete dunque ad un creditore pignoratizio; e in regola sarà il più debole che se ne servirà contro il più forte: tuttavia nulla osta che se ne serva anche quest'ultimo contro il primo (*d*).

Un creditore chirografario può esercitare questo diritto soltanto nel caso che il creditore stesso vi assenta, o che esso faccia col debitore una convenzione, per cui questi debba soddisfare il creditore col danaro da esso lui ricevuto a mutuo, e dargli in pegno la stessa cosa ch'era oppignorata in favore di quello (§ 248).

Il *jus offerendi* ha luogo contro ogni creditore pignoratizio, benchè privilegiato (*e*), o separato dall'offerente mediante molte persone intermedie (*f*). Ma non può essere applicato se non che contro creditori pignoratizii, e non contro i compratori della cosa oppignorata (*g*); tranne se l'avesse comprata il creditore stesso (*h*), o un fidejussore (*i*) (§ 252), ovvero anche un estraneo, ma soltanto allorchè questi succede in luogo del creditore tacito col proprio danaro (*k*).

Inoltre lo stesso *jus offerendi* può venir esercitato solamente sotto la condizione, che il creditore da tacitarsi venga totalmente soddisfatto tanto nel capitale quanto negl'interessi, ed in caso ch'esso ricusi di accettarne il pagamento, venga legalmente deposi-

jus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas » poichè esso rileva non già le parole *distraendi potestatem*, ma le parole *potestatem hujus pignoris consequi*. Negli *Annali* di Schunck XVII, 2 viene assolutamente rigettata dal Revisore F-r. la opinione di Hopp: e così si oppone ad essa anco Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV, 2, p. 167-177. A ciò rispose Hopp nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 3, dichiarando però più espressamente (§ 373) che la vendita fatta da un creditore ipotecario posteriore non diventa valida fino a che il precedente creditore non sia stato soddisfatto pienamente dal prezzo ricavato.

(*b*) fr. 16 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*c*) c. 22, C. VIII, 14 *De pign.* - c. 1 e 5 C. VIII, 18 *Qui potior.*

(*d*) Pauli *recept. sentent.* II, 13 § 8, Zimmern espone un parere diverso nel *Giorn. di Diritto e Proc. civ.* I, 1, p. 53. Veggasi però Müllher nell'*Arch. della Prat. civ.* XI, 3, p. 386. Diversa opinione esternò anche Linde nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* V, 2, p. 290. Ma veggansi in contrario gli *Annali* di Schunck, XIX, 2, p. 118. Linde fece la sua replica nello stesso *Giorn. del Dir. e Pr. civ.* VI, 2, p. 215. Merita però speciale riguardo per la nostra opinione Müller nei suoi *Trattati di materie e Dir. civ.* Giessen 1833, p. 54-97, in cui egli ha considerazione anche ai casi di collisione che avvengon quando più creditori ipotecarii vogliono simultaneamente esercitare il detto *jus offerendi*. Diverso dal *jus offerendi*, abbenchè venga spesso indicato con questo nome, è il diritto competente al debitore, e ad un estraneo possessore del pegno, di escludere l'azione ipotecaria di un creditore pagandogli il suo credito, poichè questa è veramente una maniera d'estinzione del pegno, § 255 nota i.

(*e*) c. 10 C. VIII, 18 *Qui potior.* — c. 2 C. VIII, 19 *De his. qui in prior.*

(*f*) Restano però impregiudicati i diritti dei creditori ipotecarii intermedii, fr. 12 § 9, fr. 16, fr. 20 D. XX, 4 *Qui potior.*

(*g*) fr. 12 § 7 D. XX, 4 *Qui potior.* — c. 1, c. 3 C. VIII, 20 *Si antiq. cred.*

(*h*) fr. 6 D. XX, 5 *De distr. pign.* — c. 1 C. VIII, 20 cit.

(*i*) fr. 2, fr. 5 § 1 D, XX, 5 *De distr. pign.*

(*k*) fr. 3 § 1 D. XX, 5 eod.

tato l'importo del suo credito (*l*); dopo di che egli subentra *ipso jure* in luogo del creditore tacitato nello stesso modo che se gli fosse stato ceduto il di lui diritto (*m*). Nel resto il *jus offerendi* si estingue colla prescrizione appunto come l'azione ipotecaria (*n*).

§ 266.
Del concorso.

Ha luogo un concorso quando il debitore non può soddisfare per intiero ogni singolo creditore (*a*), e ciò si rende manifesto o mediante una volontaria cessione di beni (*cessio bonorum*), o mediante la immissione in tutta la sostanza del debitore (*missio in bona*), e quest' ultima viene ordinata dall'autorità sopra istanza di tutti o almeno di uno dei creditori.

La cessione de' beni è quell'atto con cui il debitore trasferisce volontariamente ai creditori di tutto il suo avere, affinchè essi ne vengano possibilmente soddisfatti. Essa è un beneficio legale accordato soltanto a quelli che senza loro colpa e per circostanze sfavorevoli caddero in debiti, e produce l'effetto che il debitore non possa essere carcerato, o se era già in carcere, che ne venga liberato (*b*). Se i creditori non furono soddisfatti per intiero, e se il debitore acquistò in seguito nuovamente una facoltà di qualche importanza, può esso venir di nuovo impedito, ma gli si deve tuttavia lasciare il necessario sostentamento (§ 647) (*c*).

Se il debitore non ha ceduto i propri beni, i creditori, sopra loro istanza, o almeno di uno fra essi, vengono immessi in tutti i beni del debitore; la quale immissione in virtù del primo decreto opera la detenzione ed il diritto di pegno; ed in virtù del secondo decreto nasce l'effettivo possesso, ed il diritto di alienare i beni (*d*).

§ 267.
Del Moratorio.

Se il debitore non vuol cedere i suoi beni, e vuole invece evitare l'immissione dei creditori nella propria sostanza, può chiedere o dagli stessi creditori o dal Principe *un moratorium,* cioè domandare che entro un certo tempo non si esiga da lui alcun pagamento. Nel primo caso prevale il parere di quelli i di cui crediti sono più grandi, quantunque vi contraddicessero gli altri superiori in numero. Ma se la somma dei crediti è uguale d'ambe le parti, prevale il numero delle persone.

Se finalmente non vi è pluralità neppure riguardo al numero delle persone, vengono preferiti i voti di quelli che accordano il *moratorium* (*e*). Il Principe lo concede per cinque anni se viene prestata una soddisfacente fidejussione pel sicuro pagamento dopo i cinque anni (*f*).

(*l*) fr. 2, fram. 3 § 1 D. XX. 5 eod. — fr. 20 D. XX, 4 *Qui potior.* Egli non è però tenuto di soddisfare anco la pretesa meramente chirografaria del creditore. c. un. in fine C. VIII, 27 *Etiam ob chirogr. caus.*

(*m*) fr. 2 D. XX, 5 *De distr. pign.* — fr. 11 § 4 D. XX, 4 *Qui potior.* — c. 1 C. VIII, 18 *Qui pot.* — c. ult. C. VIII, 19 *De his. qui in prior.* Ciò per altro non vale pei creditori chirografarii che approfittano del *jus offerendi,* poichè questi abbisognano di una cessione. - Confr. quanto abbiamo esposto nel contesto del § riguardo ai creditori chirografarii.

(*n*) c. 7 § 3 C. VIII, 39 *De praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*

(*a*) C. C. Dabelow *Esposizione dettagliata della teoria del concorso dei creditori,* Halla 1801.- A. S. Kori *Sistema del processo edittale,* Lipsia 1808 2.da ediz. 1828. — A. Sceweppe *Sistema del concorso dei creditori,* Kiel 1812 la più recente edizione è del 1829. — D. XLII, 3-8 — C. VII, 71, 72, 75. — Novella 135.

(*b*) c. 1 C. VII, 71 *Qui bonis cedere poss.*

(*c*) fr. 4 pr. fr. 6, 7 D. XLII, 3 *De cessione bonor.*

(*d*) fram. 12 pr. D. XLII, 5 *De rebus auct. jud. poss.*

(*e*) c. 8. C. VII, 71 *Qui bonis etc.*

(*f*) c. 4 C. I, 19 C. *precibus imperat. offerend.*

§ 268.

*Dell'azione Pauliana, e dell'*Interdictum fraudatorium.

Secondo il Diritto romano, per la sola immissione nei beni (confronta il seguente §) il debitore non perde il diritto di disporre della sua facoltà (*a*); perciò s'esso aliena qualche cosa dolosamente in danno dei creditori o prima o dopo della immissione, questa alienazione può venire impugnata soltanto mediante l'*actio Pauliana* o l'*interdictum fraudatorium*. L'azione Pauliana compete perciò ai creditori o loro eredi (*b*) contro il ricevente, ma non contro un terzo possessore della cosa alienata (*c*), e neppure contro gli eredi del ricevente, tranne se essi ne hanno ancora nelle mani qualche profitto (*d*).

Affinchè abbia luogo quest'azione richiedesi:

1. che l'alienazione abbia portato danno ai creditori (*e*);

2. che il debitore abbia avuto la intenzione d'ingannare i medesimi (*f*), la qual intenzione si presume nella donazione di tutta la facoltà (*g*);

3. finalmente che il ricevente sia complice della frode (*h*); ma se la cosa fu trasferita a titolo lucrativo, egli è indifferente che l'accettante abbia agito con dolo o no (*i*)

Il fisco ha il diritto speciale d'impugnare ogni alienazione a lui dannosa, benchè nè il debitore come tradente, nè il creditore come accettante abbia agito dolosamente (*k*). Ma l'omissione di un acquisto, come p. e., se qualcheduno ripudiò una eredità ovvero un legato (*l*), o non dedusse in proprio favore la quarta falcidia o trebelliana (*m*), non può essere impugnata neppure dal fisco (*n*).

Lo scopo dell'azione si è che la cosa con ogni sua pertinenza venga restituita in guisa come se il contratto non fosse mai stato neppure conchiuso (*o*). Se il convenuto è in mala fede, la cosa venir deve restituita non solo con tutti i frutti percetti, ma eziandio con quelli da percepirsi, o se ciò non è possibile, bisogna prestar l'*id quod interest* (*p*); ma s'egli all'incontro era in buona fede, sono da restituirsi i frutti soltanto pendenti, e i percetti dopo la contestazione di lite; o se la cosa fu già trasferita ad un terzo, non si deve prestare che ciò di cui si è il convenuto arricchito (*q*).

Gl'interessi non vengono risarciti, tranne se fu rilasciato un debito, per

(*a*) fr. 6 § 7, fr. 9, fr. 10 § 16 D. XLII, 8 *Quae in fraud. cred.*

(*b*) Non mai però al debitore stesso ovvero ai suoi eredi, § 7 *Inst.* IV, 6 *De action.* — fr.10§25 D. XLII, 8 *Quae in fraudem.* — c. 4 C. VII, 75 *De revocandis his.*

(*c*) fr. 9, fr. 10 § 25 D. XLII, 8 *Quae in fraud. credit.*

(*d*) fr. 11 D. XLII, 8 eod.

(*e*) fr. 10 § 1, fr. 15, fr. 16 D. eod. Non ha luogo però l'azione Pauliana quando sia stato soddisfatto un debito già scaduto innanzi la immissione, fr. 6 § 6 D. XLVII, 8 *Quae in fraud. cred.* Confr. Franck nell'*Arch. della Prat. civ.* XVI, 1, pag. 125 e XVI, 2, p. 251.

(*f*) fr. 1 pr. fr. 10 pr. D. eod.

(*g*) fr. 17 § 1 D. eod.

(*h*) fr. 1 pr., fr. 6 § 8, fr. 10 pr. § 5 D, eod. — c. 5 C. VII, 75 *De revocandis his.* Però la sola conoscenza che il debitore sia incapace a pagare non si considera come truffa nè a carico dell'acquirente nè di quello che dà la cosa, fram.6 § 7, fr. 10 § 2, 4 D. XLII, 8. — Quando però avessero i creditori dato l'avviso che nessuno dovesse comperare qualsiasi effetto dal debitore, in tal caso ha luogo l'azione Pauliana, fr. 10§3 D. eod.

(*i*) fr. 6 § 11, fr.17§1 D.XLII,8 *Quae in fraud.* — c 5 C. VII, 75 *De revocand his.*

(*k*) fr. 18 § 10, fr. 21 D. XLIX,14 *De jure fisci.*

(*l*) fr. 6 pr. — § 5 D. XLII, 8.

(*m*) fr. 19, 20 D. eod.

(*n*) Non vi si oppone il fr. 45 pr. D. XLIX. 14 *De jure fisci*, poichè questo non tratta che del caso che taluno sia reo di delitto.

(*o*) fr. 10 § 22 D. XLII, 8.

(*p*) fr. 10 § 20 D. eod.

(*q*) fr. 6 § 11, fr. 25 § 4 D. eod.

cui erano stati pattuiti interessi mediante una stipulazione (*r*). Il convenuto non è neppur obbligato di restituire la cosa se non gli vengono pagate le spese necessarie fatte per la medesima, od altre eseguite dietro volontà dei fidejussori o creditori (*s*). Il possessore di mala fede può domandare il rimborso del prezzo da lui per la cosa pagata, soltanto nel caso che il danaro perciò esborsato si ritrovi ancora nelle mani del debitore (*t*).

Secondo il Diritto antico, quest'azione durava un anno (*u*); secondo il Diritto recente, essa ne dura quattro (*v*), ed anzi trenta in quanto il convenuto se nè arricchito (*x*), dal momento che comincia la capacità di far uso dell'azione, e perciò dal momento che s'investigò lo stato della facoltà del debitore, e fu provato che i creditori soffersero del danno in causa dell'alienazione.

Quest'azione ha luogo sussidiariamente anche contro il debitore, affinchè egli risarcisca il danno, qualora abbia acquistato più del necessario pel suo mantenimento (*y*).

L'*interdictum fraudatorium* differisce probabilmente dall'*actio Pauliana,* nello stesso modo come differiscono in generale gl'interdetti delle azioni (*z*).

§ 269.

Della curatela sopra la facoltà di un debitore.

Affinchè la sostanza del debitore dopo la cessione de'beni, od ommissione nei medesimi, non deperisca o non soffra detrimento, ne viene ordinariamente costituito sotto autorità giudiziale un curatore (*curator bonorum*) (*a*), e ciò a pluralità di voti dei creditori, od a scelta del magistrato se le opinioni sono discrepanti (*b*). È dovere del curatore di formar un inventario (*c*), di prestar cauzione (*d*), di conservare ed accrescere la sostanza, ed anche di alienarla pubblicamente s'egli ne è autorizzato (*e*).

Tutti gli affari intrapresi dal curatore entro la sfera delle sue attribuzioni sono validi, e competono utilmente le azioni tanto a lui quanto contro di lui (*f*). Egli deve render conto ai creditori (*g*) rispondere non solo di ogni dolo, ma altresì di ogni negligenza non consueta negli affari proprii (*h*), anzi egli è responsabile perfino verso il debitore, se non amministrò debitamente la di lui facoltà, di ogni dolo e della colpa lata (*i*).

Se furono costituiti più curatori, possono impetire ed essere impetiti tutti *in solidum;* ma se furono loro assegnate parti determinate dell'amministrazione, sono essi responsabili soltanto per queste (*k*).

(*r*) fr. 10 § 22 D. eod.
(*s*) fr. 10 § 20 D. eod.
(*t*) fr. 7 fr. 8 D. eod.
(*u*) fr. 6 § 14, fr. 10 § 18 D. eod.
(*v*) c. ult. C. II, 53 *De temp. in integr. restit.*
(*x*) fr. 10 § 24 D. XLII, 8.
(*y*) c. 6 C. VII, 74 *De revocandis his.* — fr. 1 pr., fr. 25 § 7 D. eod.
(*z*) fr. 67 § 1, 2 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebel.* — fr. 96 pr. D. XLVI, 3 *De solut.*

(*a*) D. XLII, 7 *De curatore bonis dando.*
(*b*) fr. 2 D. eod.
(*c*) fr. 15 pr. D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*
(*d*) c. 3 C. VIII, 51 *De postlim, revers.*
(*e*) fram. 2 pr., fr. 5 D. XLII, *De curat. bonis dand.*
(*f*) fr. 2 § 1 D. eod. Da ciò conseguita che il debitore, quando sia stato già nominato un curatore, non ha più la facoltà di disporre delle sue cose, e che quindi una vendita fatta da esso è invalida.
(*g*) c. 1 C. III, 21 *Ubi de ratiocin.*
(*h*) arg. fr. 1 § 22 D. XXXVII, 9 *De ventr. in poss. mitt.*
(*i*) fr. 9 § 3 e 5 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*
(*k*) fr. 2 § 2 D. XLII, 7, *De curat. bonis dando.*

§ 270.

Ordine con cui i creditori vengono pagati.

Prima di tutto si devono separare dalla sostanza del debitore le cose altrui che vi si ritrovano, mentre i loro proprietarii hanno il diritto di rivendicarle (*jus separationis* ovvero *excussionis ordinarium*) (*a*). Talvolta poi il debitore possiede una doppia facoltà ch'esser deve separata; così i creditori del defunto hanno il diritto di chiedere dall'erede insolvente; che la sostanza del defunto venga separata dalla sostanza dell'erede, onde ottenere prima da quella il pagamento dei loro crediti il qual rimedio legale (*beneficium separationis extraordinarium, remedium indemnitatis*) (*b*) fu introdotto dal pretore affinchè non abbia a peggiorare la situazione dei creditori che si fidarono soltanto nella lealtà del defunto (*c*).

All'incontro, i creditori dell'erede non possono chiedere una tale separazione, poichè è lecito ad ognuno di peggiorare la situazione dei creditori anteriori contraendo un nuovo debito (*d*). La separazione si deve domandare alla competente autorità entro cinque anni dal momento dell'adizione della eredità (*e*).

Questo beneficio dunque cessa:

1. dopo il decorso di cinque anni;

2. se la eredità fu alienata dall'erede in buona fede (*f*);

3. se i beni del defunto sono così commisti con quelli dell'erede ch'essi non ne possano venir separati (*g*);

4. se i creditori hanno riconosciuto l'erede come loro debitore; ma dalla sola circostanza ch'essi abbiano accampata contro di lui un'azione, non segue ancora ch'essi l'abbiano riconosciuto come debitore (*h*): tuttavia non è neppur necessario un contratto di novazione (*i*).

Ad esempio dei creditori dell'eredità, è accordato anche ad altre persone il diritto di chiedere che venga separata una certa parte della facoltà del debitore ond'esserne pagati, s'essi concreditarono al debitore soltanto riguardo a questa parte (*beneficium separationis analogicae* ovvero *quasi-talis*), e ciò ha luogo per legge

1. se un negoziante esercita il suo traffico in diversi magazzini di merci (*k*);

2. se qualcheduno fece un contratto con un figlio di famiglia riguardo al peculio castrense (*l*).

Poi la sostanza vien divisa:

1. fra i creditori pignoratizii secondo l'ordine spiegato di sopra (§ 261-265);

2. seguono i creditori chirografarii, a cui compete il *privilegium exigendi*; cioè il diritto di chiedere di essere pagati prima degli altri creditori chirografarii, il qual privilegio non è mai peraltro sì grande d'avere la preferenza sopra un'ipoteca (*m*); benchè si trasse delle spese di sepoltura pel

(*a*) fram. 24 § 2 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*

(*b*) D. XLII, 6 *De separat.* Confr. Spangenberg *Sul beneficium separationis ex jure crediti nei concorsi*, nell'*Arch. della Prat. civ.* X, 3, p. 404 e Fritz *Intorno alla collisione dei legatarii con i creditori della massa ereditaria e con quelli dell'erede nell'Arch. della Prat. civ.* XII, 2, pag. 226.

(*c*) fr. 1 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 1 § 2 D. eod. confr. fr. 1 § 5, 6 D. eod.

(*e*) fr. 1 § 13 D. eod.

(*f*) fr. 2 D. eod.

(*g*) fr. 1 § 12 D. eod.

(*h*) fr. 7 D. eod. - c. 2 C. VII, 72 *De bonis auct. jud.*

(*i*) fr. 1 § 10, 11, 15 D. XLII, 6 *De separat.*

(*k*) fr. 5 § 15 e 16 D. XIV, 4 *De tribut. act.*

(*l*) fr. 7 D. XIX, 17 *De castrensi pecul.* — fr. 1 § 9 D. XLII, 6 *De separ.* Fritz. nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 3, p. 328-353 tentò una nuova interpretazione di quest'oscuro passo di legge (fr. 1 § 9).

(*m*) fr. 74 D. XXIII, 3 *De jure pot.* — c. 6 C. XII, 62 *De bonis auct. jud.* — c. 9 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.*

debitore o per quelli ch'esso avrebbe dovuto far seppellire a suo carico (*n*).

*Q*uesto privilegio è inerente soltanto a certe persone (*privilegium personae*), ovvero ad una obbligazione, in guisa che il privilegio passa ad ognuno che si assume l'obbligazione (*privilegium causae*).

Quest'ultimo caso ha luogo:

1. riguardo alle spese funebri del defunto debitore o di quelli che il debitore era in obbligo di far tumulare, in quanto esse possono venir ripetute coll'*actio funeraria* (§ 585) (*o*);

2. riguardo a danaro mutuato per la riparazione di un edifizio (*p*).

3. riguardo ad un mutuo per fabbricare, comprare od equipaggiare una nave, o pel pagamento di ciò che taluno deve per aver comperata una nave (*q*).

4. riguardo al danaro depositato senza interessi presso un cambista (*r*); ovvero,

5. col quale furono pagati creditori privilegiati (*s*).

Gli altri sono privilegi personali, e fra questi appartengono:

6. il fisco riguardo a pretese che non sono assicurate con pegno (*t*), nè nascono da un delitto, poichè riguardo a multe pecuniarie non ha verun privilegio (*u*);

7. una *res publica* (*v*);

8. la moglie fittizia e non ortodossa, come pure la sposa in riguardo alla dote (*x*);

9. quelli verso di cui i tutori, curatori, od altri che trattino per amicizia gli affari di un pupillo, hanno degli obblighi in dipendenza dell'amministrazione (*y*), eccettuati i curatori di un assente, di un debitore insolvente, e di una eredità giacente (*z*), eccettuati inoltre i magistrati che sono responsabili per una tutela (*aa*), non avendo luogo contro tutti questi il privilegio.

Se i creditori privilegiati hanno

(*n*) Non vi si oppongono il fr. 14 § 1, fr. 26, fr. 45 D. XI, 7 *De religios.* — c. 22 § 9 C. VI, 30 *De jure delib.* Confr. Noodt *Ad Pandect.* Lugd. Batav. 1724, XI, 7 p. 268-269. — Glück XI, pag. 429-433 porta un diverso avviso. Egli si fonda principalmente sul frammento 14 § 1 « *Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, Pomponius scribit et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.* » A noi sembra per altro più verosimile l'opinione di Noodt il quale si esprime così: « *Nisi speciale jus est in invectis et illatis, in quibus, cum ad funus venitur, non videtur hypotheca esse, quandiu nil ex his pignoris jure praeclusum est; adeo colono vel inquilino mortuo, si non sit, unde funeretur, ex invectis et illatis eum funerari, et quod superfluum remanserit hoc pro debito teneri, ne miremur, nam et alienare quae velit, ex invectis et illatis potest, antequam a domino praedii pignoris jure praeclusa sint, quia ante non intelligitur quid ex his pignoris jure teneatur.* » Confr. § 247, I, in fine.

(*o*) fr. 17 pr. D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*

(*p*) fr. 25 D. XII, 1 *De reb. cred.* — fr. 24 § 1, D. XLII, 5 *De reb. auct. jud poss.* — fr. 1 D. XLII, 3 *De cessione bonor.* Se fu effettivamente eretto l'edificio, il mutuante ha sullo stesso il diritto di pegno § 247, III.

(*q*) fr. 26, fr. 34 D. XLII, 5 *De rebus auct. jud. poss.*

(*r*) fr. 7 § 2, 3, fr. 8 D. XVI, 3 *Deposit.* Se il denaro esiste tuttora, potrà essere rivendicato, fr. 24 § 2 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*

(*s*) fr. 24 § 3 D. XLII, 5 eod.

(*t*) fr. 10 pr. D. II, 14 *De pactis.* — fr. 34 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.* — fr. 6 pr. § 1 D. XLIX, 14 *De jure fisci.*

(*u*) Alcuni pospongono il fisco a tutti gli altri creditori relativamente alle multe che non sono contrattuali, e ciò in vista del fr. 17 D. XLIX, 14 *De jure fisci*, e c. un C. X, 7 *Poenis fiscal.* Leggasi per altro il fr. 37 D. XLIX, 14 *De jure fisci.* « *Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditorem suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat.* »

(*v*) fram. 38 § 1 D. XLII, 5 *De rebus auct. jud.*

(*x*) fr. 74 D. XXIII, 3 *De jure dot.* — fr. 17 § 1, fr. 18, fr. 19 pr. D. XLII, 5 *De rebus auct. jud. poss.* — c. un. C. VII, 74.

(*y*) fr. 44 § 1 D. XXVI, 8 *De administr. peric. tut.* — fr. 19, 21, 23 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud.*

(*z*) fr. 22 § 1 D. XLII, 5 eod.

(*aa*) fr. 1 § 14 D. XXVII, 8 *De magistr. conveniend.*

acquistato posteriormente un pegno generale sulla facoltà del debitore, non hanno essi più bisogno di questo privilegio, ma può giovare a quelli che hanno soltanto un pegno speciale (*bb*).

Fra questi creditori privilegiati ha luogo il seguente ordine:

1. vengono i creditori che pagarono le spese di tumulazione del debitore, o di quelli che il debitore avrebbe dovuto far seppellire a suo carico (*cc*) poi seguono:

2. la *res publica*,

3. il fisco, e

4. quelli che diedero a mutuo per la costruzione di una nave (*dd*).

Riguardo a quelli che depositarono presso cambisti del danaro senza interessi è da notarsi, secondo Neustetel, questa differenza, che il deponente stesso occupa fra i privilegiati l'ultimo posto, mentre all'incontro quello che depositò nuovamente presso un cambista del danaro che prima era depositato presso di sè, va innanzi a tutti gli altri creditori, ad eccezione di quello che pagò le spese del funerale (*ee*).

Finalmente quello, col di cui danaro fu pagato un creditore privilegiato succede in luogo di questo (*ff*).

Tutti gli altri acquistano il loro proporzionato pagamento senza riguardo all'anzianità del credito (*gg*); e se rimane ancor qualche cosa della facoltà del debitore, vengono

5. pagati gli altri creditori chirografarii anch'essi in proporzione dei loro crediti.

CAPITOLO VI.

Delle Servitù (*a*).

TITOLO I.

Delle servitù in genere, della loro divisione, e dei principii generali circa le medesime.

§ 271.

Nozione della servitù e sue divisioni.

Una servitù (*servitus*) è quel diritto sopra una cosa altrui (*b*), in virtù del quale il proprietario, in favore di una certa persona o cosa (*c*), è obbligato di soffrire o di tralasciare qualche cosa, ch'esso altrimenti, in forza del suo diritto di proprietà, non

(*bb*) Wening II, 3, § 36 in fine e il § 37, ai quali due paragrafi abbiamo specialmente avuto riguardo nello sviluppare la teoria del privilegio *exigendi*.

(*cc*) Confronta le leggi citate alla nota (*n*) del § 270.

(*dd*) fr. 34, fr. 38 D. XLII, 5 *De rebus. auct. jud. poss.*

(*ee*) Così studiossi Neüstetel di combinare il fr. 7 § 2, 3, fr. 8 D. XLI, 3 *Depositi* e fr. 24 § 2 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud.* nel n. 2, p. 28 delle *Disquisizioni del Diritto rom.* dove si espongon anche le opinioni di altri scrittori. Ma Emmerich ha dimostrato abbastanza chiaramente nel *Gior. del Dir. e Proc. civ.* V, 1 p. 53 che la voce *depositariorum* compresa in quei frammenti equivale a *deponente*. Bisogna quindi confessare che tutti i tentativi fatti per conciliar quei due frammenti non offrono che un maggiore o minor grado di verosimiglianza, senzachè però finora sia ad alcuno riuscito di togliere la contraddizione che apparisce fra i medesimi.

(*ff*) fr. 2 D. XLII, 3 *De cessione bonor.*

(*gg*) fr. 32 D. XLII, 5 *De reb. auct. jud. poss.*

(*a*) *Inst.* II. tit. 3-6. — D. lib. VII e VIII. — Cod. III, tit. 33, 34. — E. Ch. Westphal *Interpr. jur. c. de libertate et servitutibus praediorum, artis ordinae digestae*, Lipsia 1773. — H. C. Stever *De serv. praed.*, Rost. 1817. Anche Michele Schuster nella sua celebre opera *Del diritto di erger fabbriche e di vietarle, e dell'uso e non uso delle servitù*, Praga 1819, si riporta di frequente al Diritto romano.

(*b*) Alcuni nella definizione ommettono le parole *altrui*, e ciò per evitare una tautologia, mentre già sulla propria cosa non può il padrone acquistare alcuna servitù (§ 272 not. III); così Zimmern *Nelle Disquisizioni di Diritto romano*, Heidelberga 1821, n. 5.

(*c*) Ed in ciò specialmente distinguesi la servitù dalla locazione ereditaria e dalla superficiale Wening I, 2, § 66. — Questa definizione viene rigettata da Buchholtz nei suoi *Saggi*, mentre esso sostiene che non si possa dare definizione esatta della servitù. Veggansi però in contrario gli *Annali* di Schunck XVII, 1, p. 12.

sarebbe stato obbligato nè di soffrire nè di tralasciare. Si adopra l'espressione *servitù* anche per dinotare l'aggravio corrispondente a un tal diritto (*d*), ed in questo senso le servitù si dividono in affermative e negative secondo che l'aggravio consiste nel soffrire ovvero nel tralasciare.

Se sono inerenti ad una cosa in maniera che si possano esercitare da ogni loro possessore, si chiamano servitù reali (*servitutes rerum, praediorum*); ma se sono costituite soltanto in favore di una certa persona, cosicchè cessino colla morte di questa, si chiamano servitù personali (*servitutes personarum*) (*e*). Le ultime non si possono mai costituire in favor di una cosa, ma sì bene le servitù reali possono concedersi alle persone (*f*).

Finalmente si chiamano servitù continue (*continuae servitutes*), se vengono esercitate mediante possesso continuo (*g*), ovvero in ogni tempo (*h*); nel caso contrario si chiamano servitù non continue (*discontinuae*).

§ 272.
Principii generali circa le servitù.

I. Ogni cosa presumesi libera finchè venga provato il contrario (*a*). Tuttavia deve qualche volta il proprietario, per legge, soffrire o tralasciare qualche cosa in favore di un altro; ovvero per la qualità o situazione di un fondo può succedere che una cosa sembri quasi-servire ad un'altra, ed in questi casi dicesi, benchè impropriamente, che esistono *servitù legali* ovvero *naturali* (§ 197).

II. In tutte le servitù serve solo la cosa, non la persona; e perciò questa non può essere obbligata d'intraprendere una azione in favore di chi ha il diritto di servitù (*servitus in faciendo consistere nequit*) (*b*).

III. Una cosa spettante ad un solo (*c*), od a molti comune (*d*), non può riguardo ai proprietarii essere oggetto di servitù, come neppure non si può di una servitù costituirne un'altra (*e*).

IV. Nessuna servitù ha vigore se non apporta qualche utile o piacere a quello in di cui favore fu costituita (*f*).

V. Le servitù, eccettuato l'usufrutto (*g*), sono indivisibili (*h*), cosicchè non si possono parzialmente esercita-

(*d*) fr. 15 § 1 D. VIII, 1 *De servit.*

(*e*) Quelle appellansi dai moderni *servitù reali* o *prediali*, queste *personali.*

(*f*) fr. 4, fr. 37 D. VIII, 3 *De servit. praed. rust.* — fr. 1 § 12 D. XLIII, 20 *De aqua quod. et aestiv.* — fr. 14 § 3 *D.* XXXIV, 1 *De alim. et cib. leg.* Leggasi nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 3 p. 392 la bella spiegazione di questo fr. 14 § 3 data da Mühlenbruch.

(*g*) fr. 14 pr. D. VIII, 1 *De servit.*

(*h*) fr. 7 D. VIII, 6 *Quemad. servit. amit.* — fr. 2, fr. 5 D. XLIII, 20 *De aqua quot. et aestiv.*

(*a*) c. 9 C. III, 34 *De servit.* — fr. 13 § 1 D. VIII, 4 *Comm. praed.* Egli è ben vero, che varj degli addotti principj, e in ispecialità quelli sub. I, II, III, IV, sono comuni a tutti o a molti dei diritti reali sulle cose altrui (Buchholtz ne' suoi *Saggi* I, p. 163), ma siccome anco nel testo della legge vengono essi applicati specialmente alle servitù, e servono anzi alla più esatta cognizione delle medesime, così era a suo luogo di esporli in questo paragrafo.

(*b*) fr. 15 § 1 D. VIII, 1 *De servit.* — fr. 81 § 1 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — Thibaut *Saggi* I, 2, p. 31. — C. L. Goldschmidt nell'*Arch. della Prat. civ.* 1, 3, p. 386. — C. I, Guyet nelle sue *Dissert. di Dir. civ.* Heidelberga 1829, n. 1.

(*c*) fr. 5 pr. D. VII, 6 *Si usufr. pet.* - fr. 33 § 1 D. VIII, 3 *De servit. praed. rust.*

(*d*) fr. 26 D. VIII, 2 *De servit. praed. urb.* Una eccezione rispetto all'usufrutto è contenuta nel fr. 10 D. VII, 9 *Usufr. quemad. caveat.*

(*e*) fr. 1 D. XXXIII, 2 *de usufr. legat.*

(*f*) fr. 15 pr. D. VIII, 1 *de serv.*

(*g*) fr. 5 D. VII, 1 *De usufr. et quemad.* — fr. 25 C. VII, 4 *Quib. mod. ususfruct. amitt.* — fr. 19 D. VII, 8 *De usu et habit.* — fr. 1 § 9 D. 2, XXXV, *Ad leg. Falcid.*

(*h*) fr. 11, fr. 17 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 6 § 1 D. VIII, 4 *Comm. praed.* — fr. 7 D. XXXV, 2. *Ad leg. Falcid.*

re (*i*), nè acquistare (*k*), nè perdere (*l*).

VI. Si devono esercitare con moderazione (*civiliter*), cosicchè non si sorpassino i limiti posti dalla legge, da un contratto, o dalla natura stessa della cosa, e si pregiudichi meno che sia possibile alla cosa serviente (*m*); all'incontro, neppure il proprietario del fondo serviente non può intraprender nulla che impedisca l'esercizio della servitù (*n*), anzi egli deve permettere tutto ciò senza di cui non si potrebbe essa esercitare (*o*).

VII. Finalmente il proprietario della cosa serviente può concorrere per quanto è possibile col possessore della servitù nell'esercizio dello stesso diritto (*p*).

TITOLO II.

Delle servitù reali.

§ 273.

Principii generali circa le servitù reali.

I. Le *servitù reali* presuppongono due fondi, l'uno a cui competa la servitù, ed un altro a cui sia inerente l'aggravio; questo si chiama il fondo serviente (*serviens praedium*), quello il dominante (*dominans*).

II. Le servitù possono avere per iscopo non solo l'utilità, ma ben anche il piacere non generale (*a*), ma limitato soltanto al possessore presente, ciò non forma una servitù (*b*).

Da ciò segue che i fondi esser devono vicini, perchè altrimenti l'uno non potrebbe servire all'altro (*c*).

III. Le servitù sono inseparabili dal fondo, cosicchè non si possono isolatamente nè alienare, nè oppignorare, nè locare (*d*).

IV. Non è lecito di estenderle oltre il bisogno del fondo dominante (*e*), o di trasportarle sopra un altro fondo (*f*).

V. Il fondo serviente deve esser tale che possa rendere un vantaggio continuo (*g*), senza aver bisogno di un fatto per parte del proprietario del fondo serviente (*h*).

§ 274.

Divisione delle servitù in servitù urbane e rustiche.

Le servitù reali sono o rustiche od urbane (*servitutes praediorum rusticorum vel urbanorum*) (*a*).

Colle parole *praediorum urbanorum*

(*i*) fr. 4 § 3, 4, fr. 6 § 4 D. VIII, 5 *Si serv.vind.*
(*k*) fr. 11, fram. 17 D. VIII, 1 *De servit.*— fr. 6 § 1 D. VIII, 4 *Comm. praed.*
(*l*) fr. 18 D. VIII, 3 *De servit. praed. rust.* — fr. 8 § 1 D, VIII, 6 *Quemad. servit. amitt.*
(*m*) fr. 4, fr. 9 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 20 § 1 D. VIII, 2 *De serv. praed. urb.* - fr. 13 § 1 in fine D. VIII, 4 *Comm. praed.* — fr. 4 § 1, fr. 5 § 1 D. XLIII 19 *de itin. actuque priv.*
(*n*) fr. 13 § 1, fr. 14 D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.*
(*o*) fr. 10 D. VIII, 1 *De servit.* — fr. 3 § 3 D. VIII. 3 *de serv. praed. rust.* — fr. 11 D. VIII, 4 *Comm. praed.* — fr. 3 § 16 fr. 4 pr. D. XLIII, 19 *de itinere actuque.*
(*p*) fr. 2 D. XLIII, 21 *de rivis.* — fr. 80 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*a*) fr. 1 § 11, fr. 3 pr. D. XLIII, 20 *de aqua quot.*
(*b*) fr. 8 pr. D. VIII, 1 *de servit.*
(*c*) fr. 5 § 1, fr. 7 § 1 D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.* — fr. 38 D. VIII, 2 *de servit. praed.*
(*d*) fr. 23 § 2, fr. 36 D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.* — fr. 12 D. VIII, 4 *Comm. praed. urb.* — fr. 44 D. XIX, 2 *Locati conducti.* — fr. 20 § 1 D. XLI, 1 *de adquir. rer. domin.* Confr. il § 238 in fine.
(*e*) fr. 5 § 1, fr. 24 D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.* — È affatto storico il fr. 1 § 16 D. XLIII, 20 *de aqua quot.*
(*f*) fr. 24 D. VIII, 3 *de serb. praed. rust.* — fr. 44 D. XIX, 2 *Locati conducti.*
(*g*) Soltanto nella servitù di cavar acqua e in quella dell'acquedotto un tale principio è preso in senso più mite, dimodochè secondo il Diritto nuovo queste servitù possono aver luogo anche rispetto ad un lago o ad una peschiera, fr. 9 D. VIII, 3 *De serv. praed. rust.* — fr. 2 D. VIII, 4 *Comm. serv.*
(*h*) fr. 28 D. VIII, 2 *De serv. praed. urb.* — fr. 1 § 5 D. XLIII, 20 *de aqua quot.* — fr. 1 § 4 D. XLIII, 22 *de fonte.*
(*a*) fr. 1, fr. 5 D. VIII, 1 *de servit.*

si comprende qui ogni sorta di edifizii, e colle parole *praediorum rusticorum* si intende un luogo vacuo (*b*); ed è da notarsi che alcune servitù si chiamano nelle leggi servitù rustiche per la ragione che esse appartengono ordinariamente ad un *praedium rusticum*, quantunque nulla osti che esse sieno anche servitù urbane, quando cioè vanno congiunte con un edifizio (*c*).

§ 275.
Esempii di servitù urbane (*a*).

Servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, et protegendi.

I. La servitù di portare un peso (*servitus oneris ferendi*) ha luogo quando la parete o la colonna del vicino deve portare il peso del nostro edifizio. Questa servitù ha di particolare, che ogni proprietario del fondo serviente deve far riparare la parete o la colonna, nel modo stabilito quando fu costituita la servitù (*b*). Poichè, siccome nella legge, circa gli edifizii, si trova che la parete destinata a portare un peso deve restare come si trova (*paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit*); così ne segue apertamente che la parete debba sussistere in perpetuo (*c*); e che non sia lecito al proprietario del fondo serviente di trascurarla in maniera che abbia a rovinare.

Tuttavia, s'egli non volesse eseguire i ristauri necessarii, può abbandonare il fondo serviente (*d*), e durante il ristauro il possessore della servitù deve pensare egli stesso a sostenere il proprio edifizio (*e*).

II. La *servitus tigni immittendi* è il diritto d'immettere una parte del proprio edifizio nella parete del, vicino. Questa servitù differisce dalla prima in ciò, che il proprietario del fondo serviente non è obbligato ad alcun ristauro (*f*).

III. La *servitus projiciendi* consiste nel diritto di lasciare che una parte del nostro edifizio sporga in fuori nello spazio d'aria del fondo vicino, ma tuttavia in modo che questa parte non si appoggi in alcun luogo sul fondo altrui (*g*).

IV. La *servitus protegendi* contiene in sè il diritto di fabbricare un tetto per riparar dalla pioggia nello spazio d'aria del vicino (*h*).

§ 276.
Delle servitù Altius tollendi, non tollendi, luminum, ne luminibus afficiatur, prospectus, ne prospectui officiatur, fenestrae.

V. La servitù di fabbricare più alto (*servitus altius tollendi*) consiste nel diritto di ergere il proprio edifizio più in alto di quello che sarebbe lecito in forza delle leggi emanate in favore

(*b*) § 1 *Inst.* II, 3 *de servit.* — fr. 1 pr. D. VIII, 4 *Comm. praed.*

(*c*) fr. 14 D. VIII, 4 *Comm. praed.* — fr. 2 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* Confr. col fr. 2, pr. D. VIII, 3 *de serv. praed. rust.*

(*a*) D. VIII, 2 *de servitutibus praediorum urbanorum.*

(*b*) fr. 6 § 2 VIII, 5 *Si servit. vindic.* Mühlenbruch nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV. 3, p. 331-340, trova la ragione di tale anomalia dalle altre servitù in ciò che si risguardò come parte del Diritto di servitù anche il diritto competente in genere a ciascun vicino di pretendere dal proprietario dell'edificio minacciante ruina, o che esso lo ripari o che presti *cautio damni infecti*, poichè trascurandosi la manutenzione dell'edifizio serviente vien esposto a pericolo anche quello dominante.

(*c*) fr. 33 D. hujus tit.

(*d*) fr. 6 § 2 in fine D. VIII, 6 *Si servitus vind.*

(*e*) fr. 8 pr. D. VIII, 5 eod.

(*f*) fr. 8 § 1, 2 D. eod. — fr. 242 § 1 D. L, 16 *de verb. sign.*

(*g*) fr. 2 D. VIII, 2 hujus tit. — fr. 242 § 1 D.L. 16 *de verb. sign.*

(*h*) fr. 2 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.* — fr. 29 § 1 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

dei vicini (*a*), ovvero in forza della già esistente ***servitus altius non tollendi***, come si opina dalla maggior parte, ma per quanto sembra erroneamente (*b*).

VI. La servitù di non fabbricare più alto (***servitus altius non tollendi***) ha luogo all'incontro, se il vicino, ad onta della libertà naturale, non può per nostro riguardo e vantaggio ergere più in alto il proprio edifizio (*c*).

VII. La ***servitus luminum*** (*d*) è il diritto di proibire al proprietario del fondo serviente di erigere sul medesimo qualche opera, per cui verrebbe tolta intieramente la luce al nostro edifizio.

VIII. La servitù poi ***ne luminibus officiatur*** consiste nel diritto di proibire al vicino di fare sul suo fondo qualche cosa per cui potesse venir tolta al nostro edifizio una parte, benchè minima, di luce. Nella ***servitus luminum*** basta dunque, come opina anche Marcello (*e*), che non venga tolta al fondo dominante tutta la luce, lasciandone quanta gli abitanti ne adoprano pei soliti affari del giorno, ma nella ***servitus ne luminibus officiatur*** la luce deve restare intatta com'è (*f*).

IX. Le ***servitutes prospectus et ne prospectui officiatur*** producono l'effetto che noi possiamo proibire al proprietario del fondo serviente di togliersi la vista in generale, o almeno sopra un certo oggetto (*g*).

X. La ***servitus luminis immittendi*** ovvero ***fenestrae***, è il diritto di fare una finestra nelle parete altrui (*h*).

(*a*) c. 1, c. 11, c. 12 (*non glossata*) § 4 C. VIII, 10 *de aedif. priv.* Non vi si oppongono i fr. 9, fr. 10, fr. 11 § 1. fr. 24 combinati col fr. 25 D. VIII, 2 *de servit. praed. urban.*, nè la c. 8, C. III, 34 *de servit.* Confr. Glück X, § 669, pag. 79-83. Veggasi anche Schuster n. 8-17.

(*b*) fr. 21 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* — fr. 20 pr. D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.* — fr. 4 § 29 D. XLI, 3 *de usurp. et usucap.* Se infatti cessa una servitù preesistente, si avrà con ciò riacquistata la libertà primitiva della cosa serviente, non già una nuova servitù, e perciò nel fr. 21 D. VIII, 2 «*jus esse invito me, altius tollere aedificia tua*» la parola *jus* non si deve prendere nel significato speciale di servitù, ma in quello generale di diritto, ciocchè risulta pure dal fr. 4 § 7 D. VIII, 5. *Si serv. vind.*, dove anche la frase *jus altius tollendi* viene usata per esprimere il diritto d'innalzare il proprio edificio, diritto emanante dalla libertà naturale del proprietario. Schilling *Critica della Stor. del Dir. rom.* di Ugo, p. 143-152.

(*c*) fr. 2 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.* — § 1 *Inst.* II, 3 *de serv.*

(*d*) Tale materia fu sviluppata meglio d'ogni altro da L. F. Griesinger nella sua opera: *de servitute luminum et ne luminibus officiatur, cum duplice appendice de servitute prospectus et fenestrae*, Lipsia 1819 in cui confutò le svariate opinioni che si avevano sopra questa servitù. Confronta anche C. L. Goldschmidt intorno al diritto e alla servitù dei lumi nell'*Arch. civ.* V, 3, p. 422. Il passo che offerse tante difficoltà è il fr. 4 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.* — V. anche il fr. 15, fr. 16, fr. 17 pr. D. eod. — fram. 30 D. VII, 1 *de usufr.*

(*e*) fr. 10 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.*

(*f*) fr. 23 D. VIII, 2 eod.

(*g*) § 2 *Inst.* IV, 6 *de action.* — fr. 3, fr. 15, fr. 16 D. VIII. 2 *de serv. praed, urb.* Confr. Griesinger, p. 223-260.

(h) c. 8 C. III, 34 *de servit.* combinata col fr. 40 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.* Griesinger, p. 263-278.

§ 277.

Delle servitù stillicidii aut fluminis recipiendi et non recipiendi, fumi, cloacae, latrinae.

XI. In virtù della ***servitus stillicidii aut fluminis recipiendi*** deve il vicino lasciare che scorra pel suo fondo l'acqua piovana, sia che vi si versi a gocce (***stillicidium***), od a guisa di torrente (***flumen***) (*a*).

XII. La ***servitus stillicidii vel fluminis non recipiendi*** sembra avere un doppio senso; primamente che il proprietario del fondo serviente debba lasciare a profitto del vicino (*b*) l'acqua piovana che scorre sul suo fondo, e

(*a*) § 1 *Inst.* II, 3 *de servit.* — fr. 2, fr. 17 § 3, fr. 28 in fine D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.*

(*b*) Mühlenbruch *Doctrina Pandect.* II, § 389, n. 3 — Wening I, 2, § 84.

poi che il proprietario di un edifizio non possa far uso del diritto di dirigere lo stillicidio del proprio tetto sul fondo vicino, come potrebbe fare in virtù di statuti speciali, o di consuetudini locali (*c*).

XIII. La *servitus fumi* ha luogo quando ci è permesso di dirigere il fumo dal nostro sul fondo vicino (*d*).

XIV. La *servitus cloacae*, se il vicino deve soffrire che le nostre sciacquature scorrano nella sua cloaca (*e*).

XV. La *servitus latrinae* finalmente, se abbiamo diritto di aprire una fossa da letame nel fondo serviente (*f*).

§ 278.

Esempj di servitù rustiche (*a*): Itineris, actus, viae.

I. *Servitus itineris* è il diritto di passare a piedi ed a cavallo, e di farsi portare in lettica pel fondo vicino (*b*).

II. *Servitus actus* comprende in sè il diritto di condurre bestiame, di passare con vettura, e, se non fu stabilito il contrario, di passare anche a piedi pel fondo serviente (*c*). Ma siccome a questa servitù si possono mettere certi limiti (*d*), così può venir limitata al solo passaggio di bestiame (*e*), nel qual caso suolsi chiamare *actum minus plenum*.

(*c*) Theophil. *Paraphr. ad* § 1 *Inst.* II, 3 *de servit.* — Schilling., p. 148.
(*d*) fr. 8 § 5, 6 D. VIII, 5 *Si servitus vindicetur.*
(*e*) fr. 7 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 1 pr. § 4 D. XLIII, 23 *de cloacis.*
(*f*) fr. 17 § 2 D. VIII, 5 *Si serv. vind.*
(*a*) D. VIII, 3 *de servit. praed. rust.*
(*b*) pr. *Inst.* II, 3 *de serv.* — fr. 1 pr., fr. 7 pr. fr. 12 D. hujus tit.
(*c*) Veggansi le leggi citate nella precedente nota, e i fr. 21 D. L. 17 *de reg. jur.* — fr. 4 § 1 D. VIII, 5 *Si servit. vind.*
(*d*) fr. 4 § 1 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 11 pr. D. VIII, 6 *Quemadm. servit. amitt.*
(*e*) fr. 13 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 4 § 1 D. VIII, 5 *Si servit. vind.* — Vinnius *Comm.* ad pr. *Inst. de servit.*

III. La *servitus viae* comprende ambedue le precedenti servitù (*f*), come pure il diritto di strascinare travi o pietre, e di portare stanghe (*g*).

La larghezza del sentiero è per legge 8 piedi in linea retta, e 16 nelle svolte (*h*), la lunghezza poi del sentiero per le servitù *itineris et actus*, viene fissata o per volontà dei privati o dal giudice (*i*). Se nel costituire queste servitù non venne stabilito il luogo di passare a piedi e con vettura, o di condurre il bestiame, ne compete la scelta al possessore della servitù, purchè egli usi in ciò moderazione, e ritenga il sentiero prescelto, poichè in seguito non gli è più lecito di cambiarlo (*k*).

§ 279.

Delle servitù aquae ductus, aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, pascendi *ed altre*.

IV. La *servitus aquae ductus* contiene il diritto di far passare l'acqua per un fondo altrui per condurla sul nostro o per deviarnela (*a*). In regola se non fu pattuito altrimenti, l'acqua deve esser condotta in tubi, e non per canali selciati (*b*).

V. La *servitus aquae haustus* ha luogo, quando il vicino deve soffrire

(*f*) fr. 9 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 13 § 1 in fine D. XLVI, 4 *de acceptil.* — fr. 9 pr. D. VIII, 5 *Si serv. vind.*
(*g*) fr. 7 D. VIII, 3 *de serv. vind.*
(*h*) fr. 8 D. hujus tit. *Dissertazioni pratico-esegetiche* di P. L. Kritz sopra diverse materie del Diritto civile, Lipsia 1824, p 5 e segg.
(*i*) fr. 13 § 2 D. hujus tit. Kritz n. 2.
(*k*) fr. 9 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 13 § 1 e 3 D. VIII, 3 hujus tit. Confr. però il fr. 26 D. hujus tit. Gluck X, p. 164. — Fra i più incerti scrittori ch'ebbero principalmente riguardo all'uso moderno trattarono di queste servitù nell'*Archivio della Prat. civ.* III, 3 n. 20. Sommer e Gensler T. IV, fasc. 2, n. 20.
(*a*) fr. 1, fr. 21, fr. 22, fr. 26 D. VIII, 3 hujus tit. — c. 12 C. III, 34 *de servit.*
(*b*) fr. 17 § 1 D. XXXIX, 3 *de aqu. pluv. arc. act.*

che noi possiamo attinger acqua sul suo fondo, colla quale è sempre congiunto il diritto di accesso sino alla fonte (*c*).

VI. La *servitus pecoris ad aquam appulsus* è il diritto di abbeverare il bestiame sul fondo del vicino (*d*).

VII. La *servitus pascendi* è il diritto di condurre a pascolo il proprio bestiame sul fondo altrui (*e*). Le varie regole stabilite dai Giureconsulti circa questa servitù non sono fondate nel nostro Diritto.

VIII. Le servitù *calcis coquendae*,

IX. *Arenae fodiendae*,

X. *Cretae eximendae* (*f*), ed altre simili non abbisognano di spiegazione.

TITOLO III.

Delle servitù personali.

§ 280.
Servitù personali.

Le servitù personali sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le opere servili.

§ 281.
Nozione ed oggetto dell'usufrutto (*a*).

L'usufrutto (*ususfructus*) è il diritto di adoperare una cosa in virtù di una servitù personale, e di percepirne frutti (*b*). Da principio l'usufrutto potevasi costituire soltanto sopra tali cose, che terminato l'usufrutto si poteano restituire ancora nella loro integrità; ma in seguito il Senato deliberò che l'usufrutto si possa costituire anche sopra cose fungibili: quello chiamasi *usufrutto vero* e questo *quasi-usufrutto*. Nell'*usufrutto vero* devesi, dopo il suo termine, restituire ciò che rimane ancora della cosa, e nel *quasi-usufrutto* una cosa di eguale quantità e qualità (*c*). Noi tratteremo prima dell'usufrutto vero.

§ 282.
Diritto dell'usufruttuario.

Secondo la diversità delle cose date in usufrutto, sono diversi anche i diritti dell'*usufruttuario*.

I. Egli percepisce i frutti sì civili che naturali (*a*), e non solamente quelli piantati e seminati da lui, ma benanche quelli che erano già piantati e seminati prima, se al cominciar dell'usufrutto non sono peranco separati dal suo suolo (*b*). All'*usufruttuario* spetta anche ciò ch'egli acquista colla caccia, colla uccellagione e colla pesca, se ciò appartiene ai frutti del fondo; poichè altrimenti esso non può acquistare gli animali selvaggi che mediante occupazione (*c*).

Riguardo ai frutti civili, egli acquista tanto gl'interessi quanto il prezzo di locazione, nel caso che il giorno del pagamento scada dopo incominciato l'usufrutto, quantunque provengano da convenzioni fatte dallo stesso proprietario; anzi esso può egualmente che il compratore sciogliere i contratti di pigione o di fitto conchiusi col proprietario (*d*). Rispetto ad un bosco bisogna distinguere se questo formi l'oggetto principale dell'usufrutto, ovvero se egli sia solamente una

(*c*) fr. 2 § 1, fr. 3 § 3, fr. 20 § 3 D. hujus tit.
(*d*) fr. 4, fr. 6 in fine D. hujus tit. fr. 1 § 18 D. XLIII, 20 *de aqua quot. et aestiv.*
(*e*) fr. 1 § 1, fr. 4 fr. 6 § 1 in fine D. hujus tit.
(*f*) § 2 *Inst.* II, 3 *de servit.* — fr. 1 § 1 fr. 5 §. 1 fr. 6 § 1 D. hujus tit.
(*a*) *Inst.* II, 4 — D. VII, 1. C. III, 33, 34 G. Noodt *de usufructu* lib. II, in opp. T. I.
(*b*) pr. *Inst.* hujus tit. — fr. 1 D. hujus tit.
(*c*) § 2 *Inst.* hujus tit.
(*a*) fr. 7 pr. § 1, fr. 9 pr fr. 59 § 1 D. hujus tit. Non appartengono tra i frutti però nè un tesoro, nè la prole di una schiava.
(*b*) fr. 27 pr. D. hujus tit.
(*c*) fr. 9 § 5, fr. 62 pr. D. hujus tit. — fr. 26 D. XXII, 1 *de usuris* « *Venationem in fructus negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.* »
(*d*) fr. 12 § 2, fr. 59 § 1 D. hujus tit.

pertinenza del fondo. Nel primo caso l'usufruttuario può tagliarlo, e vendere il legname come farebbe un buon padre di famiglia (*e*). Nel secondo caso gli è lecito lo stesso, se il bosco è atto e maturo al taglio (*f*); da un bosco che non sia tale esso può prendere del legname soltanto per uso dei vignali, e pei ristauri necessarii dei fabbricati rustici, ma non mai per vendere (*g*), ed anche le piante atterrate da temporali e dal vento può esso adoperarle soltanto per le necessarie riparature dei medesimi (*h*). Se il fondo contiene cave di pietre, di creta o di metalli, ne competono all'usufruttuario le rendite, ad eccezione se le cave di pietre fossero di tal natura che il marmo ed altre pietre non si riproducano, poichè in questo caso ne usufruisce egli il ricavato finchè vive, ma dopo terminato l'usufrutto lo restituisce al proprietario (*i*).

II. Oltre ai frutti gli compete il più libero diritto di uso, salva la sostanza della cosa; il pericolo che la cosa deperisca o peggiori non lo può tuttavia impedire dal farne quell'uso, a cui è destinata (*k*). Egli può adoperare la cosa non solo pel suo stretto bisogno, ma benanche pel suo piacere (*l*).

III. Inoltre egli ha diritto di servirsi delle pertinenze di una cosa, come: degli orti, delle stalle (*m*), degl'istrumenti rurali (*n*), e perfino dell'accessione, se è congiunta colla cosa principale; poichè se ne è separata, come un'isola sorta nel fiume, l'usufruttuario non ne ha alcun dirittto (*o*).

IV. Egli può cedere ad altri, finchè a lui compete, l'esercizio dell'usufrutto, tanto gratuitamente quanto verso un correspettivo (*p*), ma non mai lo stesso diritto, tranne al proprietario medesimo, cosicchè l'atto in contrario è nullo (*q*). Esso non può alienare la cosa data in usufrutto (*r*), e soltanto un animale che cagionò a qualcheduno del danno può egli lasciarlo in balía del danneggiato per indennizzo, se il proprietario non vuol difenderlo contro il medesimo (*s*) (§ 613).

§ 283.

Doveri dell'usufruttuario.

I. Durante l'usufrutto deve l'*usufruttuario* conservare la cosa come un buon padre di famiglia (*a*), e sostener tutte le spese ed aggravii della medesima.

1. egli deve conservare la cosa in buono stato: così nell'usufrutto di una greggia è obbligato di rimettere i capi mancanti con altri nuovi (*b*), nell'usufrutto di un fondo rustico è tenuto di piantare nuovi alberi in luogo di quelli che morirono (*c*), ec. Ma egli non può mutare la forma e la destinazione di una cosa quantunque diventasse per ciò più ubertosa, o in generale più utile: non gli è dunque

(*e*) fr. 9 § 7 D. hujus. tit.
(*f*) fr. 9 § 7 D. hujus tit.
(*g*) fr. 10 D. hujus tit.
(*h*) fr. 12 pr. D. hujus tit.
(*i*) fr. 9 § 2, 3, fr. 13 § 5 D. hujus tit. comb. col fr. 32 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 18 pr. D. XXIII, 5 *de fund. dot.* — fr. 7 § 12-14 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*
(*k*) fr. 12 § 1 D. hujus tit.
(*l*) arg. fr. 13 § 4, 7 D. hujus tit.
(*m*) arg. fr. 198 D. L, 16 *de verb. sign.* — fr. 91 § 5 D. *de legat.* III. — fr. 13 § 8 D. hujus tit.
(*n*) fr. 15 § 6 D. hujus tit.
(*o*) fr. 9 § 4 D. hujus tit.
(*p*) fr. 12 § 2 D. hujus tit.
(*q*) § 3 *Inst.* II, 4 hujus tit. e Gaji II, § 30. Non si oppone il fr. 66 C. XXIII, 3 *de jure dot.* Confr. Puggé nel *Mus. ren.* I, p. 145.
(*r*) c. 69 C. hujus tit.
(*s*) arg. fr. 17 in fine D. IX, 4 *de noxal. act.*
(*a*) Esso è perciò responsabile di qualunque colpa. fr. 9 pr., fr. 65 pr. D. VII, 1 hujus tit. — fr. 1 § 3, 7, fr. 2 D. VII, 9 *Ususfr. quemad. cav.*
(*b*) fr. 68 § 2, fr. 69 D. hujus tit.
(*c*) § 38 *Inst.* II, 11, 1 *de rer. divis,* — fr, 18 D, hujus tit,

lecito trasformare campi in vigneti, nè piantare alberi fruttiferi in luogo di quelli che servono al solo piacere (*d*); e riguardo agli edificii, non ha neppure il diritto di condurre a compimento un fabbricato imperfetto (*e*). In generale dunque gli viene solo permesso un tale miglioramento per cui la cosa, senza venir trasformata, diventa più bella o migliore (*f*).

Tuttavia egli può fabbricare granaj per riporvi il raccolto, capanne per custodire le cose che si trovano sul campo (*g*).

2. Le spese necessarie alla conservazione della cosa, se sono modiche, devono venir sostenute da lui, tranne s'egli volesse rinunziare all'usufrutto (*h*); ma ciò non è lecito a chi è cagione che la cosa sia diventata peggiore (*i*).

Se un edifizio rovinò per vecchiezza, non è obbligato a rifabbricarlo nè l'usufruttuario, nè il proprietario; ma se lo rifabbricò quest'ultimo, deve anche accordarne di nuovo il godimento (*k*).

3. Sono a di lui carico tutti i pesi relativi alla cosa come gli alimenti, le imposte (*l*), e perfino le contribuzioni di guerra che gravitano sui frutti (*m*).

II. Finito l'usufrutto devono l'*usufruttuario*, o suoi eredi, restituire la cosa con tutti i frutti non peranco percetti (§ 212).

Riguardo ai frutti civili, bisogna distinguere se essi vengono prestati per correspettivo di frutti naturali, p. e. per la locazione di un campo, di un vigneto, ovvero per l'uso di una cosa non produttiva. Nel primo caso appartengono essi all'usufruttuario, o suoi eredi, se l'usufrutto si estinse dopo che i frutti naturali erano già percetti; altrimenti appartengono al proprietario (*n*); nel secondo caso i frutti civili dell'ultimo anno vengono divisi fra il proprietario e l'usufruttuario in proporzione del tempo che durò l'usufrutto nello stesso ultimo anno (*o*).

Affinchè il proprietario sia garantito che l'*usufruttuario* adempirà esattamente ad ogni suo obbligo, deve questo, giusta l'editto del Pretore, prestar cauzione ch'esso godrà la cosa come un buon padre di famiglia, e finito l'usufrutto la restituirà come si troverà dopo l'uso debitamente fattone (*p*).

Chi tralascia di prestar cauzione viene escluso dall'usufrutto (*q*), ed il proprietario che ha già consegnata la cosa, la può rivendicare finchè venga prestata la cauzione, o domandare la cauzione stessa colla *condictio incerti* (*r*). Anche i frutti percetti prima che siono presentati i fidejussori appartengono al proprietario, purchè non fosse egli stesso in colpa (*s*).

Da questa cauzione vanno esenti per legge: il fisco (*t*), e quello a cui fu legato l'usufrutto assolutamente, e la proprietà da un certo giorno (*u*), inoltre il padre riguardo all'usufrutto sul peculio avventizio de' suoi figli (*v*).

(*d*) fr. 13 § 4-6, fr. 15 § 1 D. hujus tit. — Intorno il fr. 13 § 5 D. hujus tit. Confrontisi Madai nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 3, p. 330.
(*e*) fr. 7 § 3, fr. 13 § 7, fr. 61 D. hujus tit.
(*f*) fr. 13 § 7 D. hujus tit.
(*g*) fr. 13 § 6, fr. 73 D. hujus tit.
(*h*) fr. 7 § 2, 3, fr. 48 pr., fr. 64 D. hujus tit.
(*i*) fr. 65 D. hujus tit.
(*k*) fr. 7 § 2 D. hujus tit.
(*l*) fr. 7 § 2, fr. 27 § 3, fr. 52 D. hujus tit.
(*m*) fr. 27 § 3 D. hujus tit.

(*n*) fr. 58 pr. D. hujus tit.
(*o*) fr. 26 D. hujus tit.
(*p*) fr. 1 pr., fr. 7 pr. D. VII, 9 *Usufr. quemad. caveat.* — fr. 13 pr. D. VII, 1 *De usufr.*
(*q*) fr. 13 pr. D. hujus tit. (VII, 1).
(*r*) fr. 7 pr. D. VII, 9 *Usufr. quemadmod. cav.*
(*s*) fr. 24 pr. D. XXXIII, 2 *De usu et usufr. leg.*
(*t*) fr. 1 § 18 D. XXXVI, 3 *Ut lege causa cav.*
(*u*) fr. 9 § 2 D. VII, 9 *Usufr. quemad. caveat.*
(*v*) c. 8 § 4 C. VI, 61 *De bonis, quae lib.*

Finalmente si può dispensare da questa cauzione in via di contratto (*x*), ma non mai in via di testamento (*y*).

§ 284.
Delle cose, sulle quali ha luogo soltanto un quasi-usufrutto (*a*).

Nel *quasi-usufrutto* (§ 281 in principio) l'usufruttuario acquista la proprietà delle cose ricevute in usufrutto in modo che finito il medesimo, venir deve restituita un'altra cosa di eguale quantità e qualità (*b*).

Quantunque valga la regola generale che trattandosi di cose fungibili abbia luogo un quasi-usufrutto, si danno tuttavia dei casi in cui si può dubitare se esista un usufrutto vero oppure un quasi-usufrutto.

Fra questi appartengono:

1. Crediti in danaro, sui quali ha luogo in regola un vero usufrutto, cioè se non fu trasferito nell'usufruttuario null'altro che l'uso dei medesimi, nel qual caso egli, finchè dura l'usufrutto, ne percepisce gl'interessi, e finito quello restituisce gli stessi crediti; ma s'esso gli ha esatti (ciò che gli è lecito, se non fu pattuito il contrario), egli ha trasmutato volontariamente il suo diritto in un quasi-usufrutto del danaro (*c*).

2. Del danaro perciò non si dà mai se non se un quasi-usufrutto, tranne se si fossero date vecchie monete, le quali si devono di nuovo restituire (*d*).

3. L'usufrutto di tutta una facoltà è in parte un usufrutto vero, ed in parte un quasi-usufrutto, secondo la diversità delle cose che vi sono comprese (*e*).

4. Trattandosi di vestiti sembra che abbia luogo un usufrutto vero (*f*).

(*x*) fr. 46 D. II, 14 *De pactis*.

(*y*) c. 1 C. hujus tit. (III, 33) — c. 7 C. VI, 54 *Ut in poss. legat.*

(*a*) D. VII, 5 *De usufr. ear. rerum, quae usu consum.*

(*b*) A tale oggetto l'usufruttuario deve prestar cauzione, § 2 *Inst.* II, 4 *De usufr.* — fr. 1, fr. 2 § 1, fr. 7, fr. 8 D. VII, 5 *De usufr. ear. rerum.*

(*c*) fr. 3, fr. 4 D. VII, 5 — c. 1 C III, 33.

(*d*) fr. 28 D. VII, 1 hujus tit.

(*e*) arg. 24 pr. D. XXXIII, 2 *De usu et usufr.*

(*f*) Tale asserto si fonda in parte nel concetto di una cosa fungibile ed in parte nel fr. 15 § 4 D. VII, 1 combinato col fr. 9 § 3 D. VII, 9 *Usufr. quemad. caveat.* e col fr. 5 § 8 D. XIII, 6 *Commodati vel contra*. Le istituzioni si contraddicono nel § 2 *Inst.* II, 4 col § 5 *Inst.* III, 25 *De locat.*, e perciò non vi si può aver riguardo. Noi ci atteniamo quindi all'opinione di Kaufmann § 134 nota *h*. I più distinguono tra vestiti ordinarii e quelli che si usano di raro, ed ammetton rispetto a questi un usufrutto vero, e rispetto a quelli un quasi-usufrutto. Warnkönig I, § 309, n. 4 Mühlenbruch II, § 397.

§ 285.
Del diritto di uso (*a*).

L'*uso* è il diritto di godere una cosa in virtù di servitù personale.

In regola, il possessore della servitù non percepisce frutti, ma gode pienamente ogni altro diritto d'usufrutto (*b*), se la cosa non produce frutti (*c*); ma se egli non ritraesse alcun vantaggio dalla cosa data ad uso, se non potesse percepirne frutti, come sarebbe di un campo, o almeno un vantaggio assai tenue, come sarebbe di un fondo rustico, in tal caso egli può percepire anche frutti, ma soltanto pel suo stretto bisogno, il quale deve essere giudicato secondo il di lui stato e famiglia (*d*). Nel resto, l'uso differisce dall'usufrutto anche in ciò, che quello è indivisibile (*e*), e può

(*a*) *Inst.* II, 5. — D. VII, 8 *De usu et habitatione.*

(*b*) § 4 *Inst.* hujus tit. — fr. 12 § 2, 4 D. hujus tit. Siccome però le disposizioni di ultima volontà non si debbono interpretare tanto rigorosamente, così quegli a cui fu legata dal testatore la servitù d'uso, potrà percipire anche i frutti, se questi sono moderati.

(*c*) fr. 2 § 1, fr. 12 § 3 e 5, fr. 22 § 1 D. hujus tit.

(*d*) fr. 12 pr. § 1, fr. 15, fr. 22 § 2 D. hujus tit.

(*e*) fr. 19 D. hujus tit.

essere esercitato soltanto da chi ne ha il diritto (*f*).

Ma se fu costituito l'uso di cose fungibili (*g*), o di un bosco atto al taglio, esso è da riguardarsi come un usufrutto (*h*).

Finalmente l'usuario deve prestare cauzione appunto come l'usufruttuario (*i*).

§ 286.
Del diritto di abitazione, e delle opere servili.

Se il diritto di abitazione (*habitatio*) ossia il diritto di godere un edifizio mediante una servitù personale, sia di una specie sua propria, ovvero coincida coll'usufrutto o coll'uso di un edifizio, era cosa contenziosa fra gli antichi giuristi, finchè Giustiniano stabilì ch'esso sia una servitù d'un genere suo proprio (*a*). Ella differisce dall'uso di un edifizio in ciò, che chi ha il diritto d'abitazione può cedere totalmente ad altri verso correspettivo (*b*) l'esercizio del proprio diritto, cosicchè non gliene resti neppure una parte (*c*) (confronta il § precedente). Un'altra differenza riguardo alla perdita del diritto di abitazione verrà spiegata più sotto (*d*) (§§ 291 e 295 note *e*, *g* (*e*).

Il diritto di opere servili (*jus operarum servilium*), ossia il diritto di trarre utilità dai servigi di uno schiavo mediante una servitù personale, non abbisogna ai nostri tempi di ulteriore spiegazione.

TITOLO IV.
Del quasi-possesso delle servitù (*a*).

§ 287.
Come si acquisti e si perda il quasi-possesso delle servitù.

Il *quasi-possesso delle servitù* reali affermative (*b*) si acquista coll'esercitare almeno una volta come servitù, il diritto in cui la servitù consiste (*c*); delle negative poi o mediante lo stesso contratto, o col proibire qualche cosa al proprietario ch'egli altrimenti avrebbe potuto fare in virtù del suo diritto di proprietà, come p. e., se viene proibito al proprietario di fabbricare più in alto la sua casa, ed egli si adatta a questa proibizione (*d*).

Il possesso delle servitù negative si perde, se il vicino intraprende un atto direttamente contrario alla servitù; così perdesi il possesso della servitù

(*f*) fr. 2, 3 *Inst.* hujus tit. — fr. 8 D. hujus tit. Si trova un'eccezione di questa massima nel fr. 2 § 1, fr. 4 D. hujus tit., per cui, quegli che abbia il diritto d'uso di un edifizio, s'egli abita nel medesimo, può assumere anche un inquilino; ed in forza del fr. 12 § 4 un vetturale, a cui sia stato legato l'uso de'cavalli, può locar ad altri l'esercizio di tale diritto, se quegli che legò l'uso sapeva che il legatario facesse il vetturale.

(*g*) fr. 5 § 2, fr. 10 § 1 D. VII, 5 *De usufr. ear. rer.*

(*h*) fr. 22 pr. D. hujus tit. (VII, 8).

(*i*) fr. 11 D. VII, 9 *Usufr. quemad. caveat.*

(*a*) Il diritto d'abitazione si chiama anche *usus* o *ususfructus habitandi causa*, fr. 10 § 2 D. VII, 8 *De usu et habit.*

(*b*) § 5 *Inst.* II, 5. — c. 13 C. III, 33 *De usufr.*

(*c*) Quindi non senza equivalente, fr. 10 pr. D. VII, 8. — c. 13 C. III, 33. Tale è l'opinione di quasi tutti i moderni scrittori; dell'opposta è Kaufmann § 139, nota *e*.

(*d*) La maggior parte dei Giureconsulti sostiene che il diritto d'abitazione differisce dall'uso e dall'usufrutto di un'abitazione in ciò, che il primo se è stato donato può essere rivocato dagli eredi del donante. Veggasi in proposito Buchholtz nei suoi *Saggi* I, n. 15.

(*e*) Molti vogliono che vi sia una differenza anche in ciò, che l'abitante non possa servirsi che delle sole parti abitabili di una casa, e l'usufruttuario possa invece far uso anche di tutte le altre, come p. e. dei giardini e simili: ma dal fr. 41 pr. D. VIII, 2 *De serv. praed. urb.*, a cui i difensori di tale opinione si richiamano, non sembra che si possa desumere tale differenza.

(*a*) Savigny *Diritto del possesso* § 44 e segg.

(*b*) Rispetto alle servitù personali veggasi il § 193.

(*c*) fr. 20 D. VIII, 1 *De servit.* — fr. 25 D. VIII 6 *Quemadm. servit. amitt.* fr. 1 § 6 e 7, fr. 7 D. D. XLIII, 19 *De itinere actuque priv.*

(*d*) fr. 6 § 1 D. VII, 5 *Si servit. vindicetur.*

di non fabbricare più in alto, se il vicino fabbricò realmente più alto: il possesso delle servitù affermative propriamente di quelle continue si perde, se si toglie la loro unione col fondo serviente, contro lo scopo e la destinazione della servitù; così perdesi il possesso della servitù d'immettere un trave (*tigni immittendi*), se questo trave vien estratto dalla parete serviente, tranne se ciò accadesse soltanto a motivo di ristauri.

Il possesso di quelle servitù affermative, che richiedono un'azione per parte di chi ha il diritto (come sarebbero le servitù *itineris, actus, viae etc.*) si perde quando il possessore a motivo di qualche impedimento non può più esercitare la sua servitù, o ne sospende per lungo tempo l'esercizio; ma in quest'ultimo caso deve tuttavia decidere il giudice, se il possesso sia da ritenersi come perduto o no (*e*).

TITOLO V.

Dell'acquisto, della perdita delle servitù.

§ 288.

Dell'acquisto delle servitù: I. *per volontà dei privati* (*a*).

Siccome il proprietario, il cui diritto di alienare non sia limitato, ha la libertà di disporre della cosa propria; così è evidente ch'egli la può anche aggravare con una servitù (*b*). Ma i Giureconsulti sono discordi sul punto se basti già il solo contratto per acquistare la servitù come diritto reale, o se sia necessaria anche la tradizione del diritto stesso (*quasi-traditio*) (*c*), onde poterlo rivendicare contro chiunque.

I Giuristi più vecchi sostenevano la necessità di una tradizione in tutte le servitù, ed i moderni almeno nelle affermative (*d*). Ma sembra più giusta l'opinione che per lo acquisto di una servitù, come diritto reale, basti il *solo contratto* (*e*), e che la tradizio-

(*e*) Zimmern nelle sue *Disquis. di Dir. romano* 1821, p. 118.

(*a*) E. J. Schmidtlein *Diss. de serv. per pactum constit.*, Gotting. 1823. Questo autore espone la sua dottrina nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 2, p. 145. Leggasi nello stesso *Arch.* VII, 3, una *Diss.* di Zimmern *Sul quesito, se le servitù possano venir costituite con un trattato*, e un'altra di Michelsen VIII, 3 in cui dimostra *che si possono costituire le servitù anche col solo contratto.* Warnkönig I, n. 316 si attiene anch'esso alla dottrina di Schmitdtlein, e la sostiene contro Francke e Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* VII, 1, p. 52. Avremo occasione più sotto di citare delle altre Dissertazioni su questa materia.

(*b*) § 4 *Inst.* II, 3 *De servit.* — § 1 in mezzo *Inst.* II, 4 *De usufr.* — fr. 3 pr. D. VII, 1 *De us.*

(*c*) Ha luogo una quasi-tradizione dei diritti, quando i medesimi vengono consegnati insieme alle cose colle quali sono congiunti, oppure quando vengono trasmessi isolatamente in modo che chi li ricevette li eserciti, e l'altro soffra un tale esercizio. Kaufmann § 95, n. *h.*

(*d*) Wening 1, 2 parag. 92. prima della lettera v. — Seuffert 1, § 174 ed altri, specialmente pel fr. 11 § 1 D. VI, 2 *De publ. in rem. act.* — fr. 35 D. VIII, 2 *De servit. praed. urb.* fr. 19 pr. D. VIII, 6 *Quemadm. serv. amitt.* e per altri passi simili, in cui si fa cenno della tradizione.

(*e*) Vedi i passi citati nella prima nota di questo paragrafo. Una tal opinione si appoggia particolarmente ai seguenti passi: fr. 3 § 14 D. XLIII 16 *de vi* « *Si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum (de vi) locum non habet: quid ergo est? debet fructuarius usumfructum vind.* ». — fr. 23 § 7 D VII, 1 *De usufr.* — c. 4 C. III, 34 *De servit. et aqua.* — I, fr. 19 e 35 citati nella nota anteriore trattano di servitù costituite in occasione dell'alienazione della proprietà; la c. 20, C. 11, 3 *De pactis*, che s'invoca medesimamente contro la nostra opinione, versa su cose corporali; il fram. 11 § 1 D. VI, 2 verrà spiegato nella nota susseguente. Guglielmo Francke sostiene nelle sue *Diss. civ.*, Gottinga 1826, ch'è necessaria la tradizione, e si sforza contemporaneamente di combattere il fr. 3 § 14 D. *de vi* e il fr. 25 § 8. *de usufr.* Ma sebbene si debba confessare che i dubbi da lui mossi contro la prova che si vuol desumere da quei frammenti non sono insignificanti, convien però notare ch'esso non si fece alcun carico dei passi del Codice e segnatamente dalla importante c. 14 pr. Cod. *de serv.* Veggasi in proposito singolarmente la bella *Diss.* di Hasse nel *Mus. ren.* 1827, p. 64-128 e la critica relativa negli *Annali* di Schunck IV, 2, pag. 127, come Schrader nel *Giorn. crit.* di Tub., I, 2, p. 77.

ne poi sia utile in quantochè riesce per essa più facile di provare l'origine della servitù, ed in quanto si può far uso degl'interdetti possessorii (*f*). Nel resto una *servitù reale* non può venir costituita od acquistata che dal proprietario (*g*); soltanto lo enfiteuta, il superficiario ed il possessor di buona fede possono, secondo il diritto pretorio, acquistar servitù (*h*), ed anzi anche costituirne, in guisa per altro che, estinto il loro diritto, si estinguano anche le servitù (*i*).

Servitù personali si possono acquistare da tutti quelli che possono in generale acquistar la proprietà; ma costituirne possono soltanto quelli che hanno diritto di costituire servitù reali.

Siccome le servitù sono indivisibili (§ 272 V.), così un comproprietario non può nè acquistare una servitù del fondo comune, nè aggravarlo di una servitù senza il consenso dei comproprietarii (*k*). Chi ha una servitù non può sovr'essa costituirne un'altra (§ 272 III.); e perciò il proprietario non può neppure col consenso dell'usufruttuario costituire una servitù a questo dannosa (*l*). Ma nè l'usufruttuario, nè altri che abbiano un diritto sulla cosa, possono impedire che il proprietario acquisti in di lei favore una servitù (*m*).

Si costituisce tacitamente una servitù, se taluno vendè un fondo di cui non si potrebbe far uso senza una servitù (*n*).

Finalmente si possono costituire delle servitù anche per un edifizio futuro, od aggravarnelo (*o*); tuttavia in istretto diritto, le servitù non si possono costituire nè da un certo tempo o fino ad un certo tempo, nè sotto una condizione. Ma se vi fosse stato apposto un tempo od una condizione, alla evenienza di quello o di questa, si può apporre a chi volesse tuttavia esercitare la servitù l'eccezione del contratto, o di dolo (*p*). È per altro lecito, secondo la legge, di apporvi uno scopo, a cui appartengono anche gl'intervalli dei giorni ed ore (*q*). Le servitù che si sogliono costituire in via di testamento verranno spiegate nella teoria dei legati (*r*) (§ 427).

(*f*) fr. 3 § 14 D. XLIII, 16 *de vi*. — fram. 7 D. XLIII, 19 *de itinere*. — Se noi leggiamo nei fonti, che l'azione pubbliciana nelle servitù ha luogo allorchè se n'è ottenuto il possesso (fr. 11 § 1 D. VI, 2 *de publ. in rem. act.* — arg. fr. 1 § 2 D. VIII, 3 *de serv. praed. rust*); la ragione si è che il Pretore non accordava una tale azione, di regola, che a quei soli, a cui erano già state consegnate le cose di cui si trattava. Confr. § 225 e 296 nota *e*.

(*g*) § 3 *Inst*. II, 3 *de serv*. — fr. 6 pr. D. VIII, 4 *Comm. praed*.

(*h*) arg. fr. 1 § 9 D. XLIII, 18 *de superficiebus*.

(*i*) fr. 1 pr. D. VII, 4 *Quibus modis usufruct. amitt*. — fr. 1 § 9 D. XLIII, 18 *de superf*.

(*k*) fr. 2 D. VIII, 1 *de serv*. — fr. 19, fr 28 D. VIII, 3 *de serv. praed. rust*. Solo l'usufrutto per essere esso divisibile, può venire acquistato o concesso sopra una cosa comune senza il consenso dei comproprietarii, arg. fr. 10 D. VII, 9 *Usufr. quemad*.

(*l*) fr. 15 § 7 in fine, fr. 17 pr. D. VII, 1 *de usufr*. Confr. il fr. 2 § 7 D. XI, 7 *de religios*. Intorno i varii modi d'interpretare e render corretti questi passi, veggasi Kaufmann § 131, nota *e*.

(*m*) fr. 15 § 7 D. VII, 1 *de usufr*.

(*n*) Che si possa in questo modo legare tacitamente una servitù, ciò emerge dal fr. 10, fr. 36 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb*. — fr. 15 § 1 D. XXXIII, 2 *de servit. legat*. Lo stesso si può fare tra vivi, come si ha dal fr. 37, D. VIII, 2 *de servit. praed. urb*. « *Idemque esse, et si duobus aedes cesserint* » poichè qui si tratta di una alienazione tra vivi. Vedi Glück IX, § 626, p. 71.

(*o*) fr. 23 § 1 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb*. — fr. 10 D. VIII, 3 *de servit. praed. rusc*. — fr. 21 D. VIII, 5 *Si serv. vind*.

(*p*) fr. 4 pr. D. VIII, 1 *de serv*.

(*q*) fr. 4 § 1 e 2 D. VIII, 1 eod.

(*r*) D. XXXIII, 2 *de usu et usufr. et reditu, et habit. et operis per legatum vel fideicomm. datis*. — tit. 3 *de serv. leg*.

§ 289.

II. *Per sentenza giudiziale,* e III. *Per legge.*

Nelle azioni divisorie (*a*), od in altri casi in cui non si può godere il proprio fondo che mediante una servitù (*b*), si acquista la medesima per giudiziale sentenza.

Per legge si acquista in alcuni casi specialmente l'usufrutto, come già abbiamo veduto; così acquista:

1. il padre l'usufrutto sul peculio avventizio del figlio di famiglia (§ 150 III.), e sopra una porzione virile della sostanza materna, se figli emancipati succedono alle loro madri (*c*);

2. se viene sciolto il matrimonio per colpa di uno de' conjugi, e se esistono figli di quel matrimonio, il conjuge innocente acquista l'usufrutto di quella sostanza, di cui altrimenti, se non vi erano figli, acquistata avrebbe la proprietà (§ 136);

3. al conjuge superstite, o che passa a seconde nozze, compete l'usufrutto sopra gli utili del primo matrimonio, di cui esso perde la proprietà in favore dei figli di primo letto (§ 137).

4. finalmente la vedova povera succede ab intestato coi suoi figli al marito (§ 312).

§ 290.

Mediante prescrizione.

Secondo l'antico Diritto romano, le servitù, come cose incorporali, non si potevano usucapire (*a*); ma a poco a poco venne in uso l'acquisto delle servitù reali (*b*) in virtù di un lungo quasi-possesso, o di un lungo uso (*ex diuturno uso, longa consuetudine*) (*c*), cioè in virtù dell'esercizio della servitù per 10 anni fra presenti, e per 20 fra assenti (*d*).

(*a*) fr. 16 § 1, fr. 22 § 3 D. X, 2 *Famill. ercisc.* — fr. 6 § 10 D. F, 3 *Comm. div.*

(*b*) fr. 12 pr. D. XI, 7 *de relig.* Confr. con Sicul. Flacc. *de conditionibus agrorum*, p. 9, *edit.*, Guil. Cocasii, Amstel. 1674. Confr. anche il fr. 44 § 9 D. *de legat.* I.

(*c*) c. 3 C. VI, 60 *de bonis maternis.*

(*a*) fr. 14 pr. D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 4 § 29 D. XLI, 3 *de usurp.*

(*b*) Poichè nei fonti non si trova alcun passo, che faccia menzione dell'acquisto delle servitù personali pel lungo uso. Anche Giustiniano, a quanto sembra, non fece in ciò alcun cambiamento, poichè, sebbene dopo aver determinato nella c. 1 C. VII, 33 *de praescr. long. temp.*, che cosa significasse possedere fra vivi e possedere fra morti, abbia aggiunto: *Eadem observanda, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes;* » non è tuttavia supponibile che quell'imperatore abbia voluto con cenno sì breve introdurre un nuovo modo d'acquisto delle servitù: per il che osserva bene Zimmern nelle sue *Disquis. di Dir. romano* n. V, p. 114-116, che quelle parole si riferiscono al tempo della prescrizione estintiva delle servitù, tempo fissato già in altre Costituzioni da Giustiniano, e nominatamente nella c. 13 C. III, 34 *de serv. et aqua.* Una tale opinione è stata abbracciata da quasi tutti i moderni, come p. e. da Warnkönig I, p. 461, da Wening I, 2 § 94. — Thibaut per altro la combatte col suo consueto acume nell'*Arch. della Pr. civ.* V, 3, pag. 329, ma i suoi argomenti non ci sembrano così importanti come quelli su cui si fonda l'opinione esposta in questa nota.

(*c*) fr. 10 D. VIII, 5 *Si servit. vind.* — fr. 1 § ult. D. XXXIX 3 *de aqua et aquae pluv.* — fr. 5 § 3 D. XLIII, 19 *de itinere actuque priv.* Di altre espressioni si fa menzione nelle *Disquis. di Dir. rom.* p. 106.

(*d*) fr. 10 pr. D. VIII, 5 *Si servit. vind.* — fr. 1 § ult. D. XXXIX, 3 *de aqua et aquae pluv.* fr. 5 § 3 D. XLIII, 19 *de itin. actuque priv.* — c. 1, 2 C. III, 34 *de serv.* Confr. Pauli *Rec. sent.* V, 5 § 7 « *Longum autem tempus, exemplo longae praescriptionis, decennii inter absentes vicennii computatur.* » Zimmern nelle sue *Disquis.* p. 108-114, per ciò che nelle leggi non è determinato precisamente entro qual tempo si possano acquistare per usucapione le servitù, si sforza di provare che una tale determinazione dipende di caso in caso dal Giudice, il quale, osservata la qualità della servitù e la situazione dei fondi, dichiarerà se il tempo pel quale fu esercitata, sia o no sufficiente ad usucapirla, non è permesso però al medesimo di denegare la servitù, s'essa fu esercitata per un tempo sì lungo che nessun individuo più si ricordi di aver veduto o sentito dire che la cosa fosse altramente, locchè si chiama la prescrizione immemorabile (*immemorialis praescriptio*). Ma questa opinione non si fonda su prove attendibili, e i passi di legge che si pretende che si riferiscano alla prescrizione immemorabile (fr. 3 § 4 D. XLIII, 20 *de aqua quod. et*

Riguardo a quelle cose la cui proprietà non si acquista coll' usucapione ordinaria, non si può acquistare neppure una parte di essa proprietà, cioè una servitù, se non se mediante l' usucapione straordinaria di 30 o 40 ani (*e*).

Ma il quasi-possesso della servitù bisogna, secondo le leggi, che non sia vizioso, cioè il detentore della servitù non deve averla esercitata nè per forza, nè clandestinamente, nè per abuso di un precario (*f*); nel resto non si richiede nè giusto titolo, nè buona fede (*g*), nè finalmente che il proprietario del fondo serviente ne fosse consapevole (*h*).

Il possesso della servitù, e perciò anche l'usucapione, viene interrotto:

1. mediante un'azione accampata da quello contro di cui corre l'usucapione (*i*);

2. mediante il divieto di esercitare la servitù (*k*);

3. per la perdita del quasi-possesso (§ 287).

Finalmente si osservi che anche nelle servitù si computa insieme il tempo del possesso del successore, e quello del predecessore (*l*) (§ 215 in fine). L' effetto dell' usucapione (l'acquisto della servitù, e l'*actio utilis confessoria*) (§ 296) (*m*).

§ 291.

Della perdita delle servitù (*a*).

I. *Per deperimento della persona o della cosa, a cui compete la servitù.*

Le servitù reali si estinguono col deperimento del fondo dominante (*b*); ma se questo viene ripristinato, rivive anche la servitù, purchè non sia già trascorso il tempo della prescrizione (*c*).

Le servitù personali finiscono colla morte di chi aveva il diritto (*d*); l' usufrutto, e l'uso per la ***diminutio capitis*** massima e media (§ 54 in fine), ma non per la minima come si praticava a tempo antico (*e*).

aestiv. — fr. 1 § ult. fr. 2 fr. 26 D. XXXIX, 3 *de aqua et aquae pluv. arcend. act.* - fr. 28 D. XXII, 3 *de probat.*) non trattano minimamente, a quanto sembra, di prescrizione. Unterholzner *Dottrina della prescrizione*, 1828, I, § 140 143. Confr. anche Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 3, p. 323.

(*e*) c. 5 C. II, 41 *In quibus caus. in integr. rest.* — Nov. 131, c. 6. — Zimmern p. 121.

(*f*) fr. 10 pr. D. VIII, 5 *Si servit vind.* — fr. 1 § 23 D. XXXIX, 3 *de aqua.* — c. 1 C. III, 34 *de servit.*

(*g*) Non vi si oppone il fr. 1 § 10 D. XLIII, 20 *de aqua quot.*, giacchè in esso non d'altro trattasi che dei requisiti necessarii per l'interdetto *de aqua quotidiana et aestiva:* nè vi osta il fr. 25 D. VIII, 6 *Quemadmod. serv. amitt.*, avvegnachè le parole « *qui suo jure uti se credidit* » non accennano già alla buona fede, ma sibbene alla volontà di esercitare la servitù in proprio nome, come chiaro emerge dalle espressioni « *si quis pro* alterius *servitute usus sit* » che vengon dopo. In simil guisa deve intendersi il fr. 20 D. VII, 4 *Quibus modis usufr. amitt.*, Zimmern, p. 119. — Di opinione differente è Glück *Comm.* IX, p. 133, e di recente Bielfeld nell'*Archiv. della Prat. civ.* XIII, 3, p. 380.

(*h*) Zimmern, p. 120.

(*i*) c. 10 C. VII, 32 *de aquir. vel. retin. poss.* — c. 2 in fine C. VII, 40 *de Annali except.*

(*k*) c. 2 C. III, 34 *de servit.* — § 10 C. VII, 32 *de adquir. vel retin. poss.* — È questa una conseguenza anche di ciò che seguitò il divieto, il possesso comincia ad essere vizioso.

(*l*) fram. 3 § 6-10 D. XLIII, 19 *de itin. actuque privato.*

(*m*) fr. 10 pr. D. VIII, 5 *Si serv vind.* — fr. 1 § 23 D. XXXIX, 3 *de aqua.* — c. 1 C. III, 34 *de servit.*

(*a*) D. VII, 4 *Quibus modis usufr. vel usus amitt.* — D. VIII, 6 *Quemad. servit.*

(*b*) Per ciò solo che seguì qualche cangiamento nell'edificio, ovvero per la demolizione di una parte dello stesso non cessa la servitù, fr. 13 pr. D. VIII, 3 *de serv praed. rust.*

(*c*) fr. 20 § 2 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.*

(*d*) § 3 *Inst.* II, 4 *de usufr.* — fram. 38 § 10 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — c. 12 pr. C. III, 33 *de usufr.*

(*e*) c. 16 C. III, 33 eod. La servitù di abitazione e quella delle opere servili non cessano per qualsiasi *capitis diminutio*, fr. 10 C. IV, 5 *de capite minutis*, fr. 10 pr. D. VII, 8 *de usu et habit.* — fr. 2 D. VII, *de operis serv.* Buchholtz nei suoi *Saggi* I, 186, limita queste disposizioni di legge alla sola *capitis diminutio minima;* ma il fr. 10, D. IV, 5 espressamente dichiara: «*legatum* (habitationis) *in facto potius, quam in jure consistit;* » ed inoltre nel fr. 10 pr. D. VII, 8, con l'espressione « *nec non utendo amittitur, nec capitis de-*

Secondo il Diritto singolare, l'usufrutto legato ad un figlio di famiglia, e perciò acquistato dal padre (§ 150 III.), non si estingue colla morte del figlio, ma soltanto con quella del padre (*f*); non cessa neppure l'usufrutto costituito per tutto il tempo che un terzo resterà furioso, se questi muore furioso (*g*). Se l'usufrutto venne espressamente esteso agli eredi dell'usufruttuario, vi si sottintendono soltanto i primi eredi (*h*). Se l'usufrutto venne costituito in favore di una comunità, si estingue dopo 100 anni (*i*), purchè la comunità stessa non siasi prima disciolta (*k*).

§ 292.
II. *Per deperimento della cosa serviente.*

Che col deperimento della cosa serviente si estingua anche la servitù è per sè manifesto; è soltanto da notarsi la differenza tra le servitù reali e personali, che le prime rivivono ancora se viene ripristinata la cosa (*a*), ma non così le seconde (*b*), tranne se la cosa vi fosse ripristinata soltanto in parte, o se la mutazione fosse avvenuta nelle accessioni (*c*), o se l'esercizio della servitù fosse stato impossibile per un ostacolo frappostovi, poichè se il medesimo cessa prima che trascorra il tempo della prescrizione, anche la servitù può essere di nuovo esercitata (*d*). Se fu data una nuova forma alla intiera cosa, come p. e. se un bagno fu convertito in un'abitazione, cessano del pari le servitù personali (*e*).

§ 293.
III. *Per confusione.*

Siccome la cosa propria non può servire al proprietario, così deve estinguersi la servitù, tostochè questa ed il diritto di proprietà concorrono in una persona medesima, e ciò suolsi chiamare *confusione* (*a*), la quale si chiama poi specialmente *consolidazione*, se l'usufruttuario acquistò la proprietà della cosa serviente (*b*). Se la proprietà del fondo serviente o dominante è divisa fra molti, tutti devono concorrere all'acquisto di uno di questi fondi, affinchè la servitù si possa considerare come estinta (*c*). Se cessò una volta in questa maniera, non rivive mai più, benchè i fondi pervengano di nuovo a diversi padroni (*d*), tranne se la confusione fosse avvenuta soltanto in modo revocabile (*e*).

minutione » si vuol dinotare la differenza che ha luogo fra la servitù di uso e quella di abitazione; ma poichè la prima non si estingue mediante la *capitis deminutio minima*, così la distinzione fra le anzidette due servitù consisterà appunto in questo, che l'ultima di esse per qualsiasi *capitis deminutio* non vada perduta. La c. 16 C. III, 33 tratta solo dell'usufrutto.

(*f*) c. 17 C. III, 33 *de usufr.* Se manca prima il padre, subentra il figlio nell'usufrutto.

(*g*) c. 12 § 1 C. eod.

(*h*) fr. 5 pr. D. VII, 4 *Quib. mod. usufr. amitt.*

(*i*) fr. 56 D. VII, 1 *de usufr.*

(*k*) fr. 21 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. amitt.*

(*a*) fr. 31 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* — fr. 14 pr. D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*b*) fr. 15 §§ 1 e 7 D. VII, 4 *Quibus mod. ususfr. amitt* — fr. 36 pr. D. VII, 1 *de usufr.*

(*c*) fr. 8. fr. 10 § 7 D. VII, 4 *Quib. modis usufr. amitt.* — fr. 83 § 5 D. XLV 1 *de verb. oblig.*

(*d*) fr. 36 pr., fr. 71 D. VII, 1 *de usufr.* — fr. 23 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. amitt.*

(*e*) fr. 5 § 2 e 3, fr. 10, fr. 12, fr. 23, 24, 30 e 31 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. amitt.*

(*a*) § 3 *Inst.* II, 4 *de usufr.* — fr. 17, fr. 27 D. VII, 5 *Quemad. ususfr. vel usus. amitt.* — fr. 1 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*b*) § 3 *Inst.* II, 4 *de usufr.*

(*c*) fr. 8 § 1 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 30 § 1 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* — fr. 27 D. VIII, 3 *de serv. praed. rust.*

(*d*) fr. 30 pr. D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.*

(*e*) fr. 57 pr. D. VII, 1 *de usufr.* — fr. 7 § 1 D. XXIII, 5 *de fundo dot.* — fr. 55 D. XXXVIII, 2 *de bonis libertorum.*

§ 294.

IV. *Per decorso del tempo;* **V.** *per rivocazione del diritto del costituente, e* **VI.** *per remissione.*

Le servitù costituite sotto una condizione, o fino ad un certo tempo, si estinguono alla evenienza della condizione o del tempo (*f*), come pure (§ 288 in fine) se viene rivocata la proprietà del costituente (*g*). Inoltre si estinguono per remissione (*remissio*), la quale può aver luogo espressamente e tacitamente; ma se la proprietà del fondo dominante è divisa, può venir rilasciata soltanto coll'assenso di tutti, giacchè una servitù non si può prendere soltanto in parte (§ 272 V.). Nel resto una tal remissione si deve interpretare strettamente: se dunque taluno ha più servitù, e ne rilascia una, non si può ritenere che abbia rilasciato anche le altre (*h*).

Tacitamente poi si rilascia una servitù col permettere al proprietario del fondo serviente qualche cosa che impedisca l'esercizio della servitù (*i*). Specialmente si ritiene per tacitamente rimesso l'usufrutto, se l'usufruttuario acconsente che venga alienata la cosa serviente (*k*).

(*f*) fr. 4 pr. D. VIII 1 *de servit.* — fr. 16 D. VII, 4 *Quibus modis ususfr. amitt.*

(*g*) fr. 105 D. XXXV, 1 *de condit.*

(*h*) fr. 20 pr. D. VIII, 3 *de serv. praed. rust.* — fr. 21 D. VIII, 2 *de serv. praed. rust.*

(*i*) fr. 8 pr. D. VIII, 7 *Quemad. serv. amitt.* — fr. 17 in fine D. VIII, 4 *Comm. praed.* Se peraltro l'utente sopporta qualche cosa che osti all'esercizio del suo diritto, ciò non involve ancora una rinunzia, fr. 5 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* Non vi si oppone il fr. 28 pr. D. VIII, 6 *Quemad serv. amitt.* nè il fr. 28 D. X, 3 *Communi divid.*, trattando anzi quest'ultimo frammento di tutt'altra cosa. Confr. Glück X, § 688, p. 263. — Muhl. II, § 402, n. 5.

(*k*) fr. 4 § 12 D. XLIV, 4 *de doli mali except.*

§ 295.

VII. *Per non uso.*

Già, secondo l'antico Diritto romano, veniva ammessa l'estinzione delle servitù parte *per non uso* e parte mediante usucapione della libertà (*usucapio libertatis*), nelle cose mobili entro un anno, e nelle immobili entro due anni, colla differenza che le servitù rustiche, e fra le personali l'uso e l'usufrutto, si estinguevano col solo non uso, ma le servitù urbane soltanto coll'usucapione della libertà, cioè mediante un'azione contraria all'esercizio della servitù (*a*).

Non sembra che Giustiniano abbia tolta questa differenza (*b*), ma esso

(*a*) fr. 6, fr. 32 D. VIII, 2 *de servit. praed. urb.* — fram. 25 D. VII, 4 *Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.* Buccholtz sostiene nei suoi *Saggi* I, pag. 193 che neppure l'usufrutto vada estinto pel semplice non uso, appoggiandosi alla c. 16 § 1 C. III, 33 *De ususfr.* Ma le parole « *nec ipsum usumfructum non utendo cadere* » sembra a noi che stieno in connessione con la chiusa dello stesso paragrafo « *nisi talis exceptio usufructuario opponitur, quae etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere* », la qual chiusa deve spiegarsi colla c. 13 C. III, dove Giustiniano espressamente si riporta alla suddetta c. 16 emanata un mese innanzi, disponendo che tutte le servitù debbano pel non uso andare estinte soltanto quando siano trascorsi dieci o venti anni, come aveva già prima dichiarato nella c. 16 C. III, 33 che non dovea cessare pel non uso di uno o due anni la servitù di usufrutto.

Giustiniano a mio parere volle nella c. 16 prolungare soltanto il tempo del non uso, non già cangiare in altre parti i principj del Diritto antico, come sono a cagion d'esempio esposti nei fr. 14, 20 e 25 D. VII, 4 *Quibus modis usufr. am.* Della stessa opinione è anche Unterholzner nella sua *Teoria della prescrizione*, Lipsia 1828, II, §§ 222-225.

(*b*) Molti, e fra i più recenti, p. e. Wening I, 2, § 101, ritengono in base alla c. 13 C. III, 34 *de servit.* « *differentis explosis* » che secondo il Gius nuovo, possa qualunque servitù estinguersi pel solo non uso; ma quella Costituzione si limita unicamente a togliere la differenza del tempo nella prescrizione estintiva delle servitù; e non si può ritenere che Giustiniano con sì brevi ed oscure parole abbia inteso di eliminare una differenza dell'antico Diritto, ch'è sì chiaramente espressa nei Digesti. Come su questo punto fossero discordi gli antichi scrittori, veggasi Kaufmann II, § 133, n. *i*.

prolungò il tempo della prescrizione a 10 anni fra presenti, ed a 20 fra assenti, senza eccettuare le servitù costituite sopra una cosa mobile (*c*). Ma quelle servitù che si possono esercitare soltanto di due in due mesi o di due in due anni si estinguono col non uso di 20 anni senza riguardo a presenza od assenza (*d*). Che finalmente coloro i quali godono il privilegio della prescrizione di 30 o 40 anni, abbiano lo stesso vantaggio anche riguardo alle servitù, è conforme a' principj di Diritto, come lo è anche (§ 290) che il tempo durante il quale un proprietario anteriore del fondo dominante non esercitò la servitù venga computato in favor del successore (*e*).

Dal fin qui detto apparisce che per la prescrizione estintiva delle servitù basta in regola il solo non uso per tutto il tempo dalla legge prescritto, e che riguardo alle servitù urbane in particolare è necessaria anche l'usucapione della libertà, la quale peraltro non si può cominciare o continuare nè per forza, nè di soppiatto, nè con abuso di un precario (*f*); ma non è poi in alcun luogo prescritto che vi debba essere anche la buona fede e giusto titolo.

Nel resto sono qui da notarsi ancora le seguenti regole:

1. il diritto di abitazione (*g*) ed il diritto di andare al sepolcro (*servitus itineris ad sepulcrum*) (*h*) non vanno soggetti a prescrizione;

2. le servitù in regola si conservano nella loro integrità, benchè vengano esercitate soltanto in parte (*i*); soltanto nell'usufrutto si conserva quella parte di cui l'usufruttuario si serve (*k*) (§ 272 V.);

3. Le servitù non si perdono qualora vengano esercitate da un altro in nostro nome (*l*), ovvero se chi le possiede sorpassa i limiti del suo diritto (*m*); ma si estinguono se taluno si servi soltanto dei rimedj per l'esercizio della servitù (*n*), o se egli la esercitò bensì ma non nel debito luogo (*o*), o non a tempo (*p*), o senza intenzione di far uso del proprio diritto (*q*);

4. Le servitù si perdono colla prescrizione, benchè non sia stato possibile di esercitarle, p. e. perchè la fonte da cui l'acqua veniva condotta si era disseccata; tuttavia in tal caso si può chiedere la restituzione in intiero (*r*).

(*c*) c. 13 C. III, 34 *de servit.* — c. 16 C. III, 33 *de usufr.*

(*d*) fr. 7 D. VIII, 6 *Quemad. servit. amitt.* — c. 14 pr. C. III, 34 *de servit.* Diversa è la cosa nell'usufrutto, che non si può esercitare che di due in due anni; poichè sebbene il medesimo non fosse stato esercitato da lungo tempo, tuttavia esso non cessa, mentre sembra che al termine dei due anni incominci da capo un nuovo usufrutto, fr. 13 D. XXXIII, 2 *de usu et usufruct.* — fr. 28 C. VII, 4 *Quib. modis usufr. amitt.*

(*e*) fr. 18 § 1 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*f*) arg. fr. 32 pr. D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.*

(*g*) fr. 10 pr. D. VII, 8 *de usu et habit.*

(*h*) fr. 4 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*i*) fr. 2, fr. 8 § 1, fr. 9 D. VIII, 6 eod.

(*k*) fr. 14, fr. 20, fr. 25 D. VII, 4 *Quibus mod. ususfr. amitt.*

(*l*) fr. 12 § 2 D. VII, 1 *De usufr.* — fr. 5, fr. 6 pr., fr. 20-24 D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.* Se per altro quegli a cui fu ceduto l'uso della servitù ne avesse trascurato l'esercizio, la servitù andrebbe a cessare, ad eccezione dell'usufrutto nel caso che quello a cui venne locato abbia effettivamente soddisfatto all'usufruttuario la pattuita mercede, fr. 15 in fine, fr. 38-40 D. VII, 1 *de usufr.*

(*m*) fr. 11, pr. D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

(*n*) fr. 17 D. VIII, 6 eod. « *Labeo ait: si his, qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse* ».

(*o*) fr. 18 pr. D. eod.

(*p*) fr. 10 § 1 D. eod.

(*q*) fr. 25 D. eod.

(*r*) fr. 34 § 1, fr. 35 D. VIII, 3 *de servit. praed. urb.* — fr. 14 pr. D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.*

TITOLO VI.

Delle azioni (*a*) ed interdetti che nascono dalle servitù.

Delle azioni.

§ 296.

Azione confessoria e negatoria.

L'*azione confessoria* compete a quello che pretende di avere una servitù, e la negatoria al proprietario che sostiene la libertà della sua cosa (*b*). Nelle servitù reali agisce direttamente il proprietario del fondo (*c*), ed utilmente anche l'enfiteuta, il superficiario, il creditore pignoratizio (*d*), e quegli a cui fu costituita la servitù dal non proprietario (*e*). L'usufruttuario, se al fondo di cui esso gode l'usufrutto, è inerente una servitù, non può rivendicare questa servitù, ma sibbene il suo usufrutto; cosicchè p. e. chi non gli permette di esercitare la servitù *itineris* od *actus* sopra il suo fondo, può essere impetito appunto come se egli lo impedisse nel godimento dell'usufrutto (*f*). Anche quando taluno si vuol arrogare una servitù sopra una cosa soggetta all'usufrutto, l'usufruttuario che resta in tal modo pregiudicato nel suo usufrutto può intentare l'azione confessoria; la quale perciò colpisce ognuno che impedisce l'esercizio della servitù (*g*), e la negatoria colpisce quello che si arroga una servitù sopra una cosa libera, od estende in modo ingiusto il diritto che veramente gli compete (*h*). Lo scopo dell'azione si è che il convenuto non impedisca in verun modo l'esercizio della servitù, ovvero la libertà, e presti all'attore l'interesse, ed insieme una cauzione di non intraprendere più alcuna turbazione; e s'egli ricusa questa cauzione, l'attore può venir ammesso al giuramento estimatorio (*i*).

Riguardo alla *prova*, nell'azione confessoria deve l'attore provare non solo il proprio diritto di servitù, ma se si tratta di una servitù reale, deve inoltre provare di possedere il fondo dominante per un titolo tale che lo abiliti ad agire (*k*) (confronta di sopra). E quantunque l'attore si trovi nel quasi-possesso della servitù, deve tuttavia provare il suo diritto nel caso che agisca contro il proprietario del fondo serviente (*l*).

Siccome l'*azione negatoria* forma una parte dell'azione rivendicatoria,

(*a*) D. VIII, 5 *Si serv. vindic.* — D. VIII, 6 *Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.*

(*b*) fr. 2 pr. D. VIII, 5 *Si serv. vindic.* L'azione negatoria ha luogo, non solo quando taluno senza giusto titolo si arroga una servitù, ma anche in massima quando in altro modo venga leso in parte il diritto di proprietà, e la predetta azione per la sua natura sia bastevole ad allontanare la lesione, fr. 14 § 1 D. VIII, 5 combinato col fr. 26, D. VII, 8.

(*c*) fr. 2 § 1 D. hujus tit.

(*d*) fr. 16 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 3 § 3, fr. 9 D. XXXIX, 1 *de operis novi nunciat.* — fr. 1 § 9 D. XLVIII, 18 *de superficieb.*

(*e*) fr. 11 § 1 D. VI, 2 *de publ. in rem. act.*

(*f*) fr. 1 pr., fr. 5 § 1 D. VII, 6 *Si ususfr. pet.* Nello spirito di questi passi si deve interpretare anche il fr. un. § 4 D. XLIII, 25 *de remisiss.*

(*g*) fr. 5 § 1 D. VII, 6 *Si ususfr. pet.* — fram. 4 § 5, fr. 10 § 1 D. VIII, 5 *Si serv. vind.*

(*h*) fr. 9 pr. in fin., fram. 14 D. VIII, 5 *Si serv. vind.*

(*i*) fr. 4 § 2, fr. 6 § 6, fram. 7 § 12 D. VIII, 5 *Si servit vind.* — frammento 5 § 6 D. VII, 6 *Si ususfr. pet.* — c. 8 C. III, 34 *de serv.* Se nell'una od altra azione domandasi la restituzione della cosa serviente, come p. e. nell'usufrutto, hanno luogo in tal caso rispetto alla restituzione dei frutti, fr. 5 § 6 D. VII, 6 *Si ususfr. pet.* all'obbligo di chi ha simulato il possesso, fr. 6 D. VII, 6 eod., ed alla nominazione dell'autore quando l'impetito possegga in nome altrui, c. 2 C. III, 19 *Ubi in rem actio*, gli stessi principj di Diritto come nel caso dell'azione vendicatoria. Confr. § 221.

(*k*) fr. 16 D. XLIV, 1 *de except.*

(*l*) Poichè la proprietà si ritiene libera finchè non sia provato il contrario, § 272, I. Se però l'azione viene promossa in confronto di un terzo, non gli sarà d'uopo di comprovare il suo diritto: *in pari causa melior, est condictio possidentis* (§ 182, 1)

così basta riguardo a quella, secondo l'analogia dell'azione Publiciana, la prova del giusto titolo, in virtù del quale l'attore acquistò la cosa di cui egli sostiene la libertà; il convenuto perciò deve provare il fondamento della sua eccezione ovvero il suo diritto di servitù, benchè se ne trovasse nel quasi-possesso (*m*).

Finalmente è da notarsi essere indifferente che l'attore possegga o no la cosa di cui si tratta, cosicchè quegli il quale si trova nel quasi-possesso della libertà o della servitù ha diritto d'impetire colui che non permette all'attore il libero esercizio del suo diritto (*n*).

Degl' interdetti.

§ 297.

Regole generali.

Riguardo agl' *interdetti* che possono aver luogo circa le servitù, bisogna distinguere fra le *servitù personali* e le *reali*. Siccome l'esercizio delle prime dipende dalla detenzione della cosa serviente, così bisogna ammettere gl' interdetti generali per la conservazione e riacquisto del possesso (*a*) (§ 194, 195).

Riguardo alle *servitù reali negative*, e riguardo a quelle *positive*, il cui esercizio va immediatamente congiunto col possesso del fondo dominante, come p. e. nella *servitus tigni immittendi, oneris ferendi* etc., ha luogo soltanto l'*interdictum uti possidetis*, perchè da ogni turbazione dell'esercizio della servitù viene turbato il possesso del fondo dominante (*b*).

Per ciò che risguarda le altre servitù affermative il cui esercizio non dipende dalla circostanza di essere immediatamente e necessariamente congiunto col possesso del fondo dominante, per queste vi sono degl' interdetti particolari, e i Giureconsulti sono discordi se oltre a questi abbiano luogo o no anche gl' interdetti generali (*c*).

(*m*) arg. fr. 5 pr. D. VII, 6 *Si ususf. pet.* là dove si legge « *quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit*; » nè vi osta il fr. 8 § 3 D. VIII, 5 *Si servitus vind.*, nè il fr. 15, D. XXXIX, 1 *De operis novi nuntiat*, Hufeland: *Revisione del Diritto pos.*, Jena 1802, pag. 4, nota 10. — Mühlenbruch, II. § 404, n, 16. — Wening I, 2, § 89. È di diversa opinione Seufferth I, § 187. Intorno alle discordi opinioni degli antichi veggasi Günther § 653. Confr. anche Glück X, pag. 250-260 e Puchta nel *Museo Renano* I, 3, pag., 165 *Sull' azione negatoria*.

(*n*) § 2 *Inst.* IV, *De action.* — fr. 5 § ult. D. VII, 6 *Si ususf. pet.*

(*a*) Il fr. 4 D. XLIII, 17 *Uti possidetis* tratta dell' interdetto *uti possidetis*. Si riferiscono all' interdetto *unde vi* il fr. 60 pr. D. VII, 1 *De usufr.* — fr. 27 D. XXXIX, 5 *De donat.* — fr. 3 § 13-16, fr. 9 § 1, fr. 10 D. XLIII, 16 *De vi et armata*; finalmente all'interdetto *De precario* il fr. 2 pr. § 3 D, XLIII, 36 *De precario*.

(*b*) fr. 8 § 5 D. VII, 5 *Si serv. vind.* La *servitus cloacae* è l'unico caso di eccezione, poichè per viste politiche il Pretore, escluso l' interdetto *uti possidetis*, fr. 1 pr. D. XLIII, 17 *Uti poss.* concesse lo speciale interdetto *de cloacis* a chi veniva impedito di trattare o purgare le cloache, fr. 1 pr. D. XLIII, 23 *De cloacis*. E siccome la manutenzione e lo spurgo delle cloache risguarda al ben essere del pubblico, ne consegue che di questo interdetto potrà giovarsi anche quello che avesse esercitato la servitù per violenza di nascosto, ovvero abusando del precario fr. 1 § 7. D. XLIII, 23 eod.

(*c*) Thibaut nell' *Arch. della Prat. c.* I, 1, p. 111-116, sostiene l'affermativa, la negativa Savigny nel suo Diritto di possesso § 46. A noi pare doversi preferire quest'ultima in base al fr. 4 § 27 D. XLI, 3 *De usurp.*, « *nec de via quis, id est mero jure, detruditur.* » Non avrebbe dunque luogo l'interdetto *unde vi*, giacchè non potrebbesi qui immaginare un espulsione violenta dal possesso; neppure sarebbe applicabile l'interdetto *de precario*, perchè il precario suppone la restituzione di ciò che fu dato, locchè pure non può aver qui luogo: resterebbe adunque il solo *interdictum uti possidetis* Ma quale scopo avrebbe il Pretore, riguardo alle principali servitù di che trattasi, impartito speciali interdetti, se avesse avuto luogo l'interdetto generale? Nè puossi d'altronde sostenere che per essersi turbato l'esercizio di simili servitù abbiasi pure turbato il possesso del fondo dominante. Il fr. 20 in f. D. VIII, 1 *De servit.* « *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt* » sembra più atto ad appoggiar la nostra opinione che ad avversarla. Ne consegue, egli è vero, da tale asserzione, che le servitù qui contemplate, per le quali non è stato provveduto con uno special interdetto (p. e

§ 298.

Interdetti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte.

Gl' *interdetti* particolari sono i seguenti:

1. L' interdetto *de itinere actuque privato* (*a*), il quale compete a colui che nell' ultimo anno dal giorno dell' interdetto, esercitò queste servitù o tutte due insieme o separatamente, almeno per trenta giorni, ma non per forza, nè di soppiatto, nè precariamente (*b*). Inoltre questo interdetto ha luogo anche quando si tratta del riattamento del sentiero; ma in tal caso l'attore deve prestare cauzione pel danno che potrebbe emergere dal suo lavoro (*cautio damni infecti*), e provare il suo diritto (*c*); l' interdetto perciò non si distingue in quest' ultimo riguardo dall'azione confessoria.

2. L' interdetto *de aqua quotidiana et aestiva* (*d*), difende colui il quale crede che gli competa la servitù dell'acquedotto (*e*), e la esercitò per un anno, o, se l'acqua si adopra soltanto l'estate o l'inverno, per due estati o per due inverni, ma non per forza, nè di soppiatto, nè precariamente (*f*).

3. L' interdetto *de rivis* (*g*) viene accordato per nettare e riattare l'acquedotto sotto le stesse condizioni che l' interdetto *de aqua;* colla sola differenza che l'attore deve prestare la cauzione *damni infecti*, ma non è obbligato di provare il suo diritto (*h*).

4. L' interdetto *de fonte* (*i*) ha luogo a motivo della *servitus aquae haustus et pecoris ad aquam appulsus*; nel caso che l'acqua che viene attinta, od alla quale viene condotto il bestiame, sia un'acqua viva; ma siccome esso ha il medesimo scopo e le medesime condizioni che gl' interdetti *de aqua* e *de rivis*, così non è necessario di trattenerci più a lungo circa lo stesso (*k*). Nel resto lo scopo di tutti questi interdetti è non solo la difesa del possesso ed il tranquillo riattamento, ma benanche il risarcimento del danno cagionato (*l*).

CAPITOLO VII.

Della successione universale in genere, e in particolare in causa di morte (a), come altresì della successione speciale per la stessa causa.

INTRODUZIONE.

§ 299.

Eredità, Fedecommesso e Legato.

La successione nei beni di un defunto è universale o speciale, e tanto l' una che l'altra può essere immedia-

la servitù di pascolo) non si possano mai difendere con gl' interdetti; ma ciò è certamente più consentaneo alla natura di queste servitù, e più in armonia col Diritto romano, che non lo è la opinione contraria. Savigny § 46.

(*a*) D. XLIII, 19 *De itinere actuque privato.*

(*b*) fr. 1 pr. §§ 2-4 D eod. Viene pure computato il tempo che fu esercitata la servitù dal precedente possessore, fr. 3 § 2, fr. 6 D. eod.

(*c*) fr. 2 § 2 D. XLIII, 1 *De interdictis.* — fr. 3 § 11, 13, 14, fr. 5 § 4 D. XLIII, 19 *De itinere.*

(*d*) D. XLIII 20 *De aqua quod.*

(*e*) fr. 1 §§ 10, 19 D. eod.

(*f*) fr. 1 §§ 4, 31, 36 D. eod.

(*g*). D. XLIII, 21 *De rivis.*

(*h*) fr. 1 pr. § 9, fr. 3 § 9 fr. 4 D. eod.

(*i*) D. XLIII, 22 *De fonte.*

(*k*) fr. un. pr. § 1, 2, 4, 9, D. eod.

(*l*) fr. pr., fr. 3 § 4 D. XLIII, 19 *De itinere.* — fr. 1 pr. § 23, 27 D. XLIII, 20 *De aqua.*

(*a*) J. G. Madihn *Principia juris rom. de successionibus, seu de jure hereditario*, Francof. ad V. eod sec. 1792. — I. A. Seuffert *Dissertazioni sulle teorie del Diritto ereditario*, Würzp. 1820— S. W. Zimmern *Idea del Diritto ereditario comune vigente in Germania*, Heidelberga 1823. — E. Gans *Il Diritto ereditario nel suo viluppo storico*, Berlino 1825. — Ad C. H. de Hartitzsch *Il Diritto ereditario secondo le leggi romane e le moderne*, Lipsia 1827. — I. F. Hunger *Il Diritto ereditario romano.* Erlang. 1834.

ta (*directa*) o mediata (*fideicommissaria*).

La successione universale immediata ha luogo nella eredità (*hereditas*), la quale, in senso subbiettivo, significa il diritto di succedere in tutti i diritti ed obblighi del defunto (*a*); in senso oggettivo poi, significa il complesso dei beni del defunto, cioè tutti i diritti ed obblighi dello stesso (*b*). La eredità rappresenta il defunto (*c*), e comprende in sè tutte le cose lasciate dal defunto, tanto le corporali come le incorporali, quantunque non appartengano in proprietà allo stesso (*d*), e il valore degli enti ereditarii alienati, nonchè le cose acquistate col danaro del defunto (§ 76), e finalmente ogni accessione avvenuta dopo la morte del defunto (*e*).

Ma fra i beni ed i diritti del defunto vi sono di quelli che non passano nel successore e questi sono:

1. il possesso (§ 190);
2. le azioni che non passano nell'erede come l'*actio injuriarum*, ed altre (§ 113);
3. le servitù personali;
4. i diritti provenienti da tali contratti che di loro natura non passano agli eredi perchè si basano sopra rapporti personalissimi, come sarebbero il contratto di società, o di mandato.

Chi succede immediatamente nell'intera sostanza del defunto si chiama erede, e s'egli è solo, si chiama erede unico (*heres ex asse*) (*f*); e se sono più d'uno, si chiamano coeredi (*coheredes*) (*g*). Relativamente alla instituzione di erede ed alla diseredazione (§ 326), nonchè alla successione intestata ossia legittima (vedi per esempio § 303) si chiama *suus heres* quel discendente che al momento della morte del defunto era nella potestà immediata di lui, o vi sarebbe stato soggetto se il padre non fosse morto prima; relativamente all'acquisto della eredità, si chiama *suus* anche colui che era nella potestà soltanto mediata del defunto, se al momento che gli è devoluta la eredità quegli che era sotto la potestà immediata dello stesso defunto o non esiste più, o fu diseredato (*h*) (§ 359).

Tutti gli altri eredi si chiamano estranei (*extranei*) (*i*). Quando l'erede per volontà del defunto deve restituire ad un altro tutta l'eredità, od una parte intellettuale della stessa, p. e. un terzo, un quarto, ha luogo un fedecommesso universale (*fideicommissum universale*), e quegli a cui ne deve esser fatta la restituzione, si chiama erede fedecommissario (*k*) e quegli che fa la restituzione è detto erede fiduciario, ovvero erede diretto (*l*).

Secondo il nuovo Diritto (*m*), il fe-

(*a*) fr. 24 D. L. 16 *De verb. sign.* — fr. 62 D. L. 17 *De reg jur.*

(*b*) fr. 3 pr. D. XXXVII, 1 *De bonor. poss.* — fr. 119, fr. 208 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*c*) fr. 15 pr. D. XI, 1 *De interrog.* — fr. 31 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — fr. 13 § 5 D. XLIII, 24 *Quod si aut clam.*

(*d*) fr. 19 pr. D. V, 3 *De hered. pet.*

(*e*) fr. 20 § 3 D. eod.

(*f*) fr. 10 § 1 D. V, 3 *De hered. pet.* L'intiera eredità nei nostri fonti viene chiamata asse, ed è divisa in 12 oncie, si chiamano *sextans*, 3 *quadrans*, 4 *triens*, 5 *quincunx*, 6 *semis*, 7 *septunx*, 8 *bes*, 9 *dodrans*, 10 *dextans*, 11 *deunx*. Un asse doppio ossia 24 parti dell'eredità si chiamano *dupondium*, 36 parti *tripondium*, § 5 § 8 *Inst.* II, 14 *De hered. Inst.* — fr. 13 § 1, fr. 17, § 5, fr, 18, fr. 50 § 2 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.*

(*g*) fr. 41 D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*h*) § 2 *Inst.* II, 19 *De hered. qualit.* — § 2, 7, 8 *Inst.* III, 1 *De hered. quae ab intest.* — fr. 6 § 5, 6 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omit. hered.* — fr. 7 D. XXXVIII, 6 *Si tabul. test. nullae.* — Löhr nell' *Arch. della Prat. civ.* II, 2 p. 198. — Mühlenbruch III § 806.

(*i*) § 3 *Inst.* II, 19 *De hered. qual.*

(*k*) § 2, 3 *Inst.* II, 23 *De fideicomm. hered.* — fr. 17 § 1 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*l*) fr. 46 D. eod.

(*m*) § 3 *Inst.* II, 23 *De fideicomm. hered.*

decommissario, dopo seguita la restituzione, si deve considerare come successor universale (*n*).

Prima della restituzione il fedecommesso universale coincide coi legati, specialmente per ciò che risguarda il suo acquisto, e la disposizione fedecommissaria (*o*).

Un legato (*legatum*) è ciò che per atto di ultima volontà vien lasciato a qualcheduno immediatamente, cioè in modo che debba essere corrisposto dall'erede o da qualche altro beneficato, oppure dell'erede (*p*), ma non in via di preghiera (*q*); ma ciò che un successor singolare acquista mediatamente cioè mediante restituzione da una persona intermedia, dietro preghiera del testatore, è un fedecommesso singolare.

Quegli a cui è stato lasciato un legato si chiama legatario (*legatarius*), e collegatario se fu chiamato alla stessa cosa in compagnia di un altro (*collegatarius*); e chi acquista un fedecommesso singolare, si chiama fedecommissario (*r*).

Tratteremo prima della successione universale immediata e mediata, e poi della particolare; innanzi tutto però vogliamo brevemente accennare quali specie di successione universale vi sieno oltre al caso della eredità.

(*n*) § 2, 7 *Inst.* II, 23 eod. — Nov. 1, cap. 1.

(*o*) fr. 3 § 2 D. XXXIV, 4 *De dim. vel transf. leg.* — fr. 25, fr. 46 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*p*) fr. 116 pr. D. *De legat.* I. — fr. 36 D. *De legat.* II. Chi non è chiamato come erede, o fedecommissario universale, e perciò come successore singolare, non subentra in tutti i diritti del defunto, ma acquista soltanto una determinata porzione od una data cosa; non passano neppure in lui gli obblighi del defunto se non ne esiste qualche speciale motivo — La definizione di un legato che propone Buchholz nei suoi *Saggi* p 166, abbraccia anche i fedecommessi singolari.

(*q*) § 12 *Inst.* II, 23 *De fideic. hered.* — fr. 77 D. *De legat.* I. — Ulp. *Frag.* XXV § 1. — Gaji *Inst.* § 268 e 285 e seg.

(*r*) Delle donazioni *mortis causa* si parlerà nella teoria dei contratti (§ 551).

§ 300.
Modi particolari della successione universale oltre la eredità.

Oltre la eredità vi sono ancora le seguenti specie di successione universale:

1. Il fisco acquista i beni di quelli che furono condannati per un delitto capitale (*crimen capitale*), ciò che si suol chiamare la confisca dei beni (*publicatio bonorum, confiscatio*) (*a*). Ma fuori del caso di delitto di lesa Maestà, i discendenti e gli ascendenti fino al terzo grado vengono preferiti al fisco (*b*).

2. È del pari devoluta al fisco la facoltà di colui che fece un matrimonio incestuoso, quando non esistano figli da un legittimo anteriore matrimonio, nel qual caso conseguiscono questi la facoltà coll'obbligo di somministrar gli alimenti al loro genitore (*c*).

3. Sono devoluti al convento i beni di quello che in un modo illegittimo effettuò lo scioglimento di matrimonio; ma se vi sono discendenti ne conseguiscono questi due terze parti, ed in mancanza di discendenti, gli ascendenti che fossero per avventura superstiti, e non acconsentirono all'ingiusto scioglimento del matrimonio ne acquistano una terza parte (*d*). Lo stesso vale riguardo ad una donna adultera che fu cacciata in un mo-

(*a*) fr. 31 pr. D. XXIV, 3 *Solut. matr.* — fr. 2 pr. D. XLVII, 19 *De poenis.* — fr. 1 pr. D. XLVIII. 20 *De bonis damnatorum.* « *damnatione bona publicantur, cum aut vita admitur, aut civitas, aut conditio servilis irrogatur* » fr. 4 D. XLVIII. 22 *De interdictis et relegatis.* — c. 8 C. IX, 47 *De poenis.* — Nov. 12 c. 1. — Nov. 17, c. 12.

(*b*) Nov. 134. c. 13. Più estesamente tratta di questo argomento Wening III, 5 § 15.

(*c*) Nov. 12, cap. 2.

(*d*) Confronta i luoghi citati alla fine del § 456.

nastero se il marito non la riprende prima che trascorrano due anni (*e*). In egual modo

4. acquista il convento i beni di quello che entra spontaneamente nel medesimo, e prima di entrarvi non dispone della propria facoltà (*f*).

Secondo il Diritto antico, vi erano ancora varie altre specie di successione universale, le quali in seguito furono abolite, come l'arrogazione, mentre l'arrogato, come figlio di famiglia, non potea avere una facoltà propria (*g*); la così detta *in manum conventio;* per cui quelle donne che secondo il Diritto antico, diventavano soggette alla potestà del marito in virtù della *confarreatio, coëmtio,* od in virtù dell'usucapione, venivano equiparate alle figlie di famiglia, e non poteano perciò aver nulla di proprio (*h*); la *bonorum sectio* ossia *venditio* (*i*); la cessione dell'eredità intestata (*k*), e l'acquisizione secondo il senatoconsulto Claudiano (*l*).

(*e*) Colla restrizione però: «*si sint ascendentes aut descendentes usque ad tertium gradum.*» Nov. 134, cap. 10.

(*f*) Ma ai figli deve restar la legittima. Nov. 5, cap. 5. Perfino nel caso che taluno sia già entrato in un convento, può ancora dividere la sua facoltà fra i propri figli, purchè ne resti libera al convento una porzione virile. Nov. 123, c. 38.

(*g*) *Inst.* III, 10 (11) *de adquis. per arrogat* Dopo che furono introdotte le diverse specie di peculii cessò questa acquisizione, mentre l'arrogante non ha più che l'usufrutto e l'amministrazione del peculio avventizio dell'arrogato.

(*h*) I modi in cui la moglie viene assoggettata alla potestà del marito sono spiegati da Mister nel suo *Jus. rom. pur.* Züllichiavia 1813, § 655.

(*i*) L'intera facoltà di un debitore viene trasferita nel compratore colla condizione ch'esso debba soddisfare i creditori a norma delle parti convenute, Köpfner *Comm.* 8 675 — *Inst.* III, 12 (13) *de success. sublat., quae fiebant per bonor. vend. et ex senatuscons. Claudiano.*

(*k*) Cioè se l'erede intestato prima di adire l'eredità, ha ceduto giudizialmente ad un altro il suo diritto, Gaji *Inst.* § 35-37 III, § 85-87.

(*l*) § 1 *Inst.* III, 12 (13) *De success. sublat.* «*Erat ex senatuscons. Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata*», (*et a domino serviter fru-stra admonita*) «*ipsam libertatem per senatusc. amittebat. et cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus*» etc.

SEZIONE I.

Della successione universale immediata (*diretta*).

TITOLO I.

Della devoluzione dell'eredità in generale, ed in particolare, secondo il Diritto pretorio.

§ 301.

Differenza tra la devoluzione dell'eredità, e l'acquisto della medesima.

Devoluta (*delata*) si dice quella eredità, che qualcheduno può acquistare mediante l'adizione della stessa (*a*); acquistata (*adquisita*) quella che l'erede ha già accettata, cosicchè vien considerata come parte della sua facoltà (*b*).

L'eredità, secondo il Diritto civile, si devolve o in virtù della espressa volontà del defunto, o in virtù della legge: e perciò la successione è testamentaria, o legittima (*legittima, ab intestato*) (*c*).

Questa

I. ha luogo sussidiariamente, cioè se non vi è alcun erede testamentario (*d*);

II. nessuno può succedere e per testamento e per legge nello stesso tempo (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*) (*e*).

(*a*) fr. 151 D. L 16 *de verb. sign.*

(*b*) fr. 54 D. XXIX, 2 *de adquir. vel hom. ered.* — fr. 138 pr. D. L, 17 *de reg. jur.* — c. 7 C. VI, 30 *de jur. delib.*

(*c*) § 6 *Inst.* II, 9 *Per quas pers. cuique adquir.* — fr. 3 § 2 D. XVII, 2 *Pro socio* — fr. 13 pr. D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt hered.* — fr. 130 D. L. 16 *de verb. sign.* Riguardo ai contratti circa un'eredità, i quali di regola sono nulli, veggasi il § 488.

(*d*) pr. *Inst.* III, 1 *de hered. quae ab intest. defer.* — fr. 39 D. XXIX, 2 *de adquir. vel. omitt. hered.*

(*e*) fr. 7 D. L, 17 *de reg. jur.* Non sono d'ac-

Siccome la eredità consiste nel diritto alla facoltà di un defunto; così è chiaro che non si dà successione nella facoltà di una persona vivente, e che l'eredità non si devolve mai innanzi a morte di quello, dei cui beni si tratta (*f*). Del resto ogni devoluzione di eredità richiede:

1. che l'erede al momento della devoluzione sia ancor vivo (*g*), e che egli
2. sia capace di ereditare, la qual capacità (*testamenti factio passiva*) compete in regola a tutti i cittadini romani (*h*).

Sono poi esclusi dalla successione tanto legittima che testamentaria:

a. i figli dei rei di alto tradimento (*i*),
b. gli apostati (*k*) ed eretici (*l*),
c. i condannati a morte (*m*),
d. le società proibite (*n*),
e. la vedova che si marita durante l'anno di lutto, poichè essa non può succedere ad un estraneo per testamento, e la sua successione legittima non si estende oltre il terzo grado di consanguinità (*o*),
f. per cagione di un matrimonio incestuoso non si possono succedere nè i conjugi reciprocamente, nè le persone che consigliarono un tal matrimonio possono ereditare dal marito (*p*), come neppure i figli procreati da tal matrimonio possono succedere a' loro genitori, nè questi ai figli (*q*).

Gli eredi devono esser capaci di ereditare dal momento della devoluzione sino al conseguimento della eredità (*r*), e gli eredi testamentarii devono oltracciò esser capaci di ereditare anche al momento della erezione del testamento (*s*); ma nel tempo intermedio, cioè fra la erezione del testamento, e la devoluzione dell'eredità, ossia l'epoca della morte, o l'epoca dell'avveratasi condizione, se si tratta di instituzioni condizionate, la incapacità di ereditare non è di verun pregiudizio (*t*).

Siccome un'eredità non peranco adita (*hereditas jacens*) rappresenta il

---

cordo i Giuristi intorno il fondamento di questa massima legale. Thibaut *Diss. civ.* pag. 65-78, Kaufmann § 146. Ne conseguita del resto dalla medesima, che non si può istituire erede alcuno da un dato giorno, o fino ad una data epoca, o sotto una condizione risolutiva (§ 347, 349). Eccezioni di questo principio hanno luogo nel testamento militare (§ 352), nella *querela inofficiosi testamenti* (§ 387), inoltre nel caso che il marito abbia fatto testamento ed abbia preferito la moglie che non abbia beni (§ 312), finalmente se un erede che ha diritto alla porzione legittima non adempie lo scopo impostogli, e l'eredità quindi si devolve agli eredi intestati, detrattane la legittima, che non gli può venir tolta. Kuschke nel *Mus. ren.* IV, 3, p. 336-369 espone sul principio in discorso le idee nuove.

(*f*) Talvolta anche più tardi, § 349 nota *g*.

(*g*) § 2 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.*

(*h*) fr. 6 § 2 D. XXVIII, 3 *de hered. instit.* Fra chi è indegno e chi è incapace di succedere v'è questa differenza, che il primo perde la eredità deferitagli o già da lui acquistata (§ 399, 400), mentre al secondo l'eredità non si deferisce nemmeno, perchè lo si considera come se non esistesse.

(*i*) c. 5 § 1 C. IX, 8 *Ad leg. Jul. majest.* Le figlie possono istituirsi eredi da estranei, ma dalla madre non ricevono che la legittima, c. 5 § 3 C. eod.

(*k*) c. 3 C. I, 7 *de apostat.*

(*l*) c. 4 pr. § 2, 6 C. I, 5 *de haered. et Manich.* — c. ult. C. eod.

(*m*) fr. 13 D. XXXVII, 1 *de bonor. poss.*

(*n*) c. 8 C. VI, 24 *de hered. inst.* — arg. c. 1 C. I, 9 *de Judaeis.*

(*o*) c. 1 C. V, 9 *de secund. nupt.* — Novella 22 c. 22.

(*p*) c. 6 C. V, 5 *de incest. et inupt. nupt.*

(*q*) c. 6, C. V, 5, eod. — Nov. 12, cap. 1.

(*r*) fr. 3 D. XXXVIII, 8 *Unde cognat.* — fr. 1 § 4 D. XXXVIII, 17 *Ad senatusc. Tertyll.*

(*s*) Giusta la regola Catoniana: *quod ab initio non valet, ex post facto convalescere nequit*, § 4 *Inst.* II, 19 *de hered. qualit.* — fram. 49 § 1 D. XXVIII, 6 *de hered. inst.* — fr. 210 D. L, 17 *de reg. jur.*, tranne se venne istituito taluno incapace di succedere pel caso che diventi in seguito capace, fram. 62 pr. D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* Arndts per altro nel *Mus. ren.* V, 2, p. 212 dà un altro senso a questo frammento.

(*t*) § 5 *Inst.* II, 19 cit. — fr. 59 § 4 D. XXVIII, 5 cit.

defunto, così è sovente necessario, specialmente ad istanza dei creditori, di costituirle un curatore (*u*).

§ 302.

Della eredità in senso stretto, e del possesso dei beni.

Soltanto colui che secondo il Diritto civile acquista la facoltà del defunto si chiama propriamente erede, ed il suo diritto si chiama diritto ereditario; ma siccome i pretori nella eredità non meno che in altri oggetti estesero, mutarono o corressero il rigoroso e nei più angusti confini ristretto Diritto civile, così il diritto di successione concesso dal pretore si chiamò possesso dei beni (*bonorum possessio*), e quegli che ereditava secondo il Diritto pretorio si chiamò possessore dei beni (*bonorum possessor*) (*a*).

Il possessore dell'eredità tien luogo di erede (*b*), e perciò tutto quello che, secondo il Diritto civile, diventa proprietà dell'erede, passa pure nella facoltà del possessore dei beni (§ 199 in principio), e le stesse azioni che hanno luogo direttamente in favor ed in pregiudizio dell'erede, hanno luogo *utilmente* anche in favore ed in pregiudizio del *bonorum possessor* (*c*).

Così dunque l'autorità del Diritto civile valeva in questo come in altri oggetti, soltanto colla condizione che l'editto del pretore non vi facesse eccezione. Anche il senato e gl'imperatori sull'esempio dei pretori hanno in seguito introdotto nuove specie di possesso dei beni (*d*), le quali si sogliono chiamare straordinarie, mentre all'opposto quelle introdotte dal pretore si chiamano ordinarie.

Secondo il Diritto novissimo, parte pel cambiamento della procedura giudiziale, parte per l'abolizione del duplice diritto di proprietà (§ 199), sparì quasi per intiero la differenza tra eredità e possesso dei beni. Ma siccome Giustiniano in tutto ciò ch'egli in generale prescrisse circa le eredità non ebbe alcun riguardo al possesso dei beni (*e*) ma tuttavia non venne abolito nè un tal nome nè un tal modo di acquisizione; così sembra che anche secondo il Diritto più recente si debba tener fermo il seguente principio: quelli a cui si devolve una eredità non come ad eredi, ma come a possessori dei beni, devono esattamente osservare tutto ciò che è prescritto intorno il possesso dei beni e che non fu derogato da nuove leggi (*f*).

(*u*) fr. 23 § 2, 3 D. XXVIII, 5 eod. — fr. 8, § 9 pr. D. XLII, 4 *Quibus ex causis in poss. eat.* — fr. 22 § 1 D. XLII, 5 *de reb. auct. jud. poss.*

(*a*) *Inst.* III, 9 (10) *de bonor. poss.* - D. XXXVII, 1 *de bonor. poss.* — Glück *Esposizione ermeneutico-sistematica della dottrina della successione intestata secondo i principj del Dir. rom. antico e nuovo*, seconda edizione, Erlangen 1822, § 86. — Mühlenbruch *Doctr. Pand.* III, § 442.

(*b*) § 2 *Inst.* 9 (10) *de bonor poss.* — fr. 117 D. L. 17 *de reg. jur.*

(*c*) fr. 1, fr. 2, fr. 3 pr. § 1, 2 D. XXXVII, 1 *de bonor poss.* — fr. 13 pr. D. XXXVII, 4 *de bonor poss. contra tab.*

(*d*) fr. 3 D. XXXVIII, 7 *Unde legit.* — fr. un. D. XXXVIII, 14 *Ut ex leg. senatusc. consult. bonor. poss. det.* Così p. e. l'imperatore Adriano accordò il possesso de' beni ai consanguinei di un soldato che venne condannato a morte per un delitto, Köpfner *Comm.* § 657. Così l'imperatore Marco Antonino pel caso che taluno abbia donata la libertà nel suo testamento a uno schiavo, e che nissuno voglia adire la sua eredità, ordinò che questa venga aggiudicata allo schiavo, come a quasi-possessore de' beni, purchè egli presti cauzione ai creditori per l'intiero pagamento dei loro editti, *Inst.* III, 11 (12) *de eo, cui libertatis causa bona addic.*

(*e*) c. 19, 22 C. VI, 30 *de jure delib.* — Novell. 118.

(*f*) Mühlenbruch III, § 442. Quindi è che anche secondo il Diritto recentissimo conviene riconoscere ancora il possesso de' beni entro il tempo fissato dalla legge (§ 360 in fine), mentre l'eredità civile si può adire anche senza l'intervento del Magistrato (§ 360).

§ 303.

Diverse specie di possesso dei beni. Il possesso necessario e l'utile, quello contro il tenore del testamento, o conforme al testamento, o finalmente ab intestato.

Il possesso dei beni viene accordato non solamente a quelli che, secondo il Diritto civile, non possono ereditare, ma si accorda in virtù dei vantaggi che vi sono annessi (si confronti p. e. l'*interdictum quorum bonorum* § 392), a quelli eziandio a cui, secondo il Diritto civile, è devoluta la eredità, e nello stesso ordine in cui vengono chiamati nell'editto (*a*). Nel primo caso il possesso dei beni si chiama necessario, nel secondo utile.

L'ordine dello stesso è il seguente: prima si accorda contro il tenore del testamento (*contra tabulas*), poi conforme al testamento (*secundum tabulas*), e finalmente *ab intestato* (*b*).

Secondo il Diritto civile, solamente i *sui* doveano necessariamente venir istituiti eredi, o venir debitamente diseredati (§ 384); ma il pretore accordò la *bonorum possessio contra tabulas* anche ai figli emancipati che non erano istituiti eredi nè debitamente diseredati, e perciò tutti i figli poteano ereditare *ab intestato* (*c*), ma doveano peraltro avere il loro effetto i legati e fedecommessi ordinati nel testamento in favore dei figli o genitori del defunto, il legato della restituzione della dote (*d*) (§ 426), la diseredazione (*e*) e la sostituzione pupillare (*f*) (§ 341).

La *bonorum possessio secundum tabulas* ha luogo quando il pretore, sotto la condizione che il defunto fosse capace di testare tanto all'epoca della erezione del testamento, quanto a quella della sua morte (*g*), ed avesse osservata (*h*) la forma prescritta dal Diritto pretorio (*i*), viene in soccorso di quello che è instituito erede con un testamento nullo secondo il Diritto civile.

Se il testamento è scritto, si richiede inoltre ch'esso esista ancora al tempo della morte del testatore (*k*) e sia l'ultimo (*l*); se poi il testatore distrusse l'ultimo colla intenzione che dovesse valere in sua vece un testamento anteriore (*m*), in tal caso il pretore lo mantiene in vigore, il che ha luogo anche se si trovano due testamenti sottoscritti nello stesso giorno, mentre esso li considera come se fossero un solo atto di ultima volontà (*n*).

Inoltre la *bonorum possessio secundum tabulas* ha luogo:

1. se i figli emancipati preteriti non domandarono la *bonorum possessio contra tabulas*, mentre in questo caso ai figli istituiti come eredi resta il di-

(*a*) § 5 *Inst.* III, 9 *de bonor poss.* - D. XXXVIII, 15 *Qui ordo in possess. serv.*

(*b*) fr. 2 pr. D. XXXVII, 11 *de bonor possess. secund. tab.*

(*c*) fr. 8 § 12. fr. 13 pr. D. XXXVII, 4 *De bonor poss. contra tab.*

(*d*) fr. 1 pr., fram. 15 D. XXXVII, 5 *de legat. praest.*

(*e*) fr. 16 § 1 D. V, 2 *de inoff. test.*

(*f*) fr. 34 § ult., fr. 35 D. XXVIII, 6 *de vulg. et pupill. subst.*

(*g*) L'incapacità intermedia non nuoce § 6 *Inst.* II, 17 *Quib. mod. test. infirm.* — fram. 1 § 8 D. XXXVII, 11 *de bon. poss. secund. tap.*

(*h*) Confr. il § 318 verso il fine e la c. 2 C. VI, 15 *de bon. poss. secund. tap.*

(*i*) Secondo il diritto antico non poteva l'erede adire la verità che in base ad un testamento fatto *per aest et libram*, § 2, 3 *Inst.* II, 10 *de test. ordin.*

(*k*) Se in seguito deperì, ciò non osta, fr. 1 § 2 3 D. XXXVII, 11 *de bonor possess. secund. tab.*

(*l*) fr. 1 § 1 D. eod.

(*m*) fr. 11 § 2 D. eod.

(*n*) fr. 1 § 6 D. eod.

ritto di chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* (*o*);

2. se il testamento è nullo per essere stato preterito un *suus*, o diventa nullo per l'agnazione di un *posthumus*, in tal caso l'erede istituito non può adire l'eredità (§ 334); ma se il *suus*, nel caso del § 333, o il *posthumus* muore prima del testatore, o si astiene dalla eredità paterna, allora ha luogo il possesso dei beni conforme al tenore del testamento (*p*);

3. se l'erede fu istituito sotto una condizione causale ed affermativa sospensiva, o sotto una condizione mista o facoltativa, che non possa subito venir adempita; in tal caso egli può domandar il possesso dei beni prima dell'adempimento della condizione (*q*).

Finalmente ha luogo la *bonorum possessio ab intestato* quando non vi è alcun testamento, o se quello che esiste è nullo (*r*).

Secondo il Diritto civile antico, soltanto i *sui* potevano succedere *ab intestato* per mantenere nella stessa famiglia le sostanze ed il nome, in seguito gli altri agnati, e finalmente anche i gentili (*s*), ma non mai i figli emancipati od altri cognati: ciò che venne in diverse guise modificato in virtù dei senatoconsulti, e di costituzioni imperiali, sempre per altro avuto riguardo alla massima, secondo la quale ne' tempi anteriori soltanto le dette persone erano chiamate alla successione, finchè Giustiniano stabilì anche la consanguinità per nuova base della successione intestata.

Il possesso dei beni *ab intestato*, che era stato introdotto dal pretore ed avea sette gradi (*t*), venne ridotto da Giustiniano ai seguenti quattro gradi:

1. *Ex edicto unde liberi* succedono tanto i *sui* quanto i figli emancipati (*u*); questi ultimi, secondo il Diritto antico, non poteano esser eredi in verun altro modo (*v*).

2. *Ex edicto unde legittimi* vengono chiamati non solo gli agnati, ma benanche tutti quelli che, secondo il Diritto nuovo, acquistarono un diritto di successione, e quindi prima i *sui* che non riconoscevano il possesso dei beni dall'editto anteriore, poscia gli agnati, e finalmente la madre in virtù del senatoconsulto Tertulliano, ed i figli riguardo alla facoltà della madre in virtù del senatoconsulto Orfiziano (*x*).

(*o*) fr. 2 pr. D. eod.

(*p*) fr. 12 pr., fr. 17 D. XXVIII, 13 *de injust. rupto test.*

(*q*) fr. 2 § 1, fr. 6 D. XXXVII, 11 eod.

(*r*) fram. 1 § 2, 3, D. XXXVIII, 6 *Si tab. test. nullae extab.*

(*s*) Chi siano i gentili è controverso fra gli eruditi. Cicerone nei *Topic.* c. 6 ne fa la seguente descrizione: « *qui inter se eodem nomine sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, quique capite non sunt deminuti.* » Niebur (Storia del *Dir. rom.* I, p. 229) sostiene con buone ragioni l'opinione, che gentili si chiamassero coloro che professavan lo stesso culto, dimodochè se più famiglie si univano a celebrare gli stessi riti, esse formavano una *gente* (gens). Il vincolo che legava i gentili non era dunque la consanguinità e la cognazione, ma sì il culto comune e il diritto ereditario. Se vera fosse questa nozione, sarebbe facile il comprendere che cosa volessero dire i patrizi romani presso Livio (X, c. 8) sostenendo, *se solus gentem habere*, poichè la plebe nei tempi antichi non aveva il così detto *jus procurandorum sacrorum;* e si potrebbe altresì capire per qual ragione gli Scrittori cristiani dei primi secoli chiamassero gentili coloro che rimanevansi nel paganesimo. — Estinte sotto gl'imperatori la maggior parte delle famiglie patrizie, cessò anche il Diritto gentilizio, come osserva Gajo nel suo *Comm.* III, § 17, Confr. fr. 195 § 1, 2, 4, 5, fr. 196 D. L, 16 *de verb. sign.* e Glück *Successione intestata* 1822, § 67. — Maciejowski *Principia jur. rom.* 1820, pag. 454. — Schweppe *Storia del Dir.* 1822 § 185

(*t*) Ulp. XXVII, § 7. — Non osta il § 3 *Inst.* III, 9 *de bon. poss.* Confr. Glück § 93.

(*u*) § 1 *Inst.* III, 9 *de bon. poss.* — fr. 1 § 2 D. XLIII, 15 *Quis ordo in poss.*

(*v*) § 9 *Inst.* III, 1 *de hered. quae ab. intest. defer.*

(*x*) D. XXXVIII, 17 *Ad senatuscons. Tertyll. et*

3. *Ex edicto unde cognati* i beni del defunto passano a quei cognati che vi sono chiamati anche dagli editti anteriori, ma non oltre il sesto grado; nel settimo grado vengono ammessi soltanto i procreati dai figli o dalle figlie di cugini (*y*).

4. *Ex edicto unde vir et uxor*, che rischiareremo più sotto (§ 312); giacchè questo solo possesso dei beni è ancora in vigore secondo il Diritto novissimo.

§ 304.

Del possesso dei beni edittale e decretale, come pure di quello con effetto e senza effetto.

Il possesso dei beni si chiama *edittale*, se ha luogo immediatamente secondo l'editto del pretore, cosicchè per l'acquisto dello stesso non è necessaria che la ricognizione; all'incontro si chiama *decretale* quando viene conferito soltanto, previa disamina, mediante un decreto, ed ha la particolarità che non può venire rispinto (*a*). A quest'ultima specie peraltro non sono da ascriversi la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, quella *furiosi* e quella *ventris nomine*, poichè queste sono edittali, e non accordano in verun modo il diritto alla successione, ma soltanto quello alla detenzione della eredità, ed agli alimenti (*b*).

Finalmente il possesso de' beni si chiama *cum re*, ovvero *sine re*, secondo che quegli che lo rioonobbe ritiene la facoltà, ovvero un altro evince la eredità, e la toglie al possessore de' beni (*c*).

TITOLO II.

Delazione dell' eredità legittima (*a*).

§ 305.

Fondamento della successione legittima.

Secondo la più recente legislazione di Giustiniano (*b*), la successione legittima si fonda o nella consanguinità, o sopra un'altra base particolare; e perciò noi tratteremo prima di quella, e poi di questa.

§ 306.

Chi ed in qual modo eredita.

La successione legittima che si fonda nella consanguinità (*a*), ha luogo in quattro classi:

I. sono chiamati i discendenti:

1. i più prossimi ascendenti, nonchè i fratelli bilaterali, e se questi morirono prima del defunto, i loro figli,

Orphyt. — C. VI, 57 *Ad senatuscons. Tertyll.* — C. VI, 56 *Ad senatuscons. Orphyt* — fr. 2 pr. § 4 D. XXXVIII. 8 *Unde legit.*

(*y*) § 6 *Inst.* III, 5 *de success. cognat.* — fr. 1 § 3 D. XXXVIII, 8 *Unde cognat.* Chi vuol procurarsi delle cognizioni più estese in proposito, vegga Glück nella sua *Successione intestata* § 95-97-100.

(*a*) fr. 30 § 1 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* — fr. 3 § 8 D. XXXVII, 1 *de bon. poss.* — fr. 1 § 7 D. XXXVIII, 9 *de successorio edicto.* Ciò avviene p. e. allorquando taluno sia chiamato al possesso dei beni non già per la lettera, ma per lo spirito dell'editto, nel qual caso dee preceder una investigazione. Leggonsi altri esempi in Glück § 89, p. 331.

(*b*) Glück § 89, p. 329.

(*c*) Gajus II, § 148, 149, III, § 35-37. — Ulp. *Frag.* XXVIII, § 13 — Glück § 90.

(*a*) G. Hugo *Comm. De fundamento successionis ab intestato ex jure rom. antiquo et novo*, Gottinga 1785. — J. C. Koch *Successio ab intestato civilis nova in suas classes methodo redacta*, Giessen 1798. Meritano speciale considerazione E. F. Glück *Esposizione ermeneutico-sistematica della dottrina della successione intestata secondo i principj del Dir. rom. antico e nuovo*, Erlangen, seconda edizione 1822. — E. F. Rosshirt *Introduzione al Diritto ereditario, ed esposizione di tutto il diritto di successione intestata secondo il Dir. rom.*, Laudshunt 1831, e la revisione relativa negli *Annali* di Schunck XVII, 3, Gugl. Franke e nel *Giorn. univers. di letteratura* 1833, n. 196 e 197 di R.

(*b*) Nov. 118 e 127, c. 1

(*a*) La cognazione non dà diritto a succedere, c. 7, c. VI, 59 *Comm. de success.* Non vi si oppone la c. 5 C. eod: — Voet *in Comm. ad Pand.* libro XXXVIII, tit. 17, n. 2.

2. i fratelli unilaterali e i loro figli, se quegli erano premorti,

3. gli altri più prossimi parenti (*b*).

II. La successione si fa in modo che la classe precedente esclude sempre la susseguente; e perciò se in una classe mancano tutti i chiamati, il diritto ereditario passa nella classe che segue immediatamente (*successio ordinum*) (*c*). Se nella stessa classe concorrono insieme più persone, nell'ultima, e nella seconda per ciò che risguarda gli ascendenti, il più prossimo di grado esclude il più lontano; nelle altre classi anche i più lontani ereditano coi più vicini, ma tuttavia in modo che i figli vengono esclusi dai loro genitori (*successio graduum*).

III. I figli che succedono perchè i loro genitori sono premorti, acquistano soltanto quella porzione ereditaria che avrebbero acquistata i genitori; essi dunque subentrano in certo modo in luogo de' loro genitori (*d*), e da ciò i moderni derivarono il diritto di rappresentazione, sull'idea del quale essi non sono tuttavia d'accordo. Ordinariamente si dice che i discendenti più lontani del defunto succedono allo stesso per diritto proprio, e che i figli e le figlie dei fratelli e sorelle del defunto a lui premorti succedono soltanto per diritto di rappresentazione; e la differenza consisterebbe in ciò, che quelli possono ripudiare l'eredità dei loro genitori, e tuttavia succedere *ab intestato* ai loro avi; mentre questi dopo aver ripudiata l'eredità dei genitori, non possono succedere ai loro zii o zie (*e*). Ma non vi è alcun fondamento sufficiente per stabilire questa differenza; poichè non solo i discendenti del defunto, ma benanche i figli e le figlie dei fratelli e sorelle sono chiamati dalla legge a succedere (*f*), e non vi è luogo, in cui venga detto che questi possono succedere *ab intestato*, soltanto allora che abbiano ereditato dal loro premorto genitore, in luogo del quale subentrano (*g*).

IV. Se vi sono più eredi (*h*), ha luogo la successione:

1. *per capacità*, quando si fanno tante porzioni quante sono le persone (*i*);

2. *per stirpes*, quando si fanno tante porzioni quante sono le stirpi, cosicchè tutti quelli che discendono da un ceppo comune acquistano soltanto una porzione, cioè quella che avrebbe acquistata il loro ascendente, se non avesse cessato di vivere prima del defunto (*k*).

3. *in lineas*, quando vengono fatte due porzioni, cosicchè una tocca agli ascendenti paterni, e l'altra agli ascendenti materni (*l*).

4. in una porzione certa e determinata in modo preciso dalla legge (*m*).

V. Ab intestato può succedere soltanto chi è capace di ereditare, ed era già nato, o almeno concepito, al tem-

(*b*) Koch fu il primo a seguire quest'ordine a senso della c. 2 e 3 Nov. 118. Lo stesso contiensi anco nei versi seguenti:
Descendentes omnis succedit in ordine primo;
Ascendes proprior, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
Denique proximior reliquorum quique superstes.

(*c*) arg. § 7 *Inst.* III, 2 *de leg. agn, success.*

(*d*) Nov. 118, c. 1 e c. 3.

(*e*) Così Kaufmann § 151, n. III, - Glück. p. 78 e 105.

(*f*) Nov. 118, c. 3.

(*g*) Mülenbruch III, § 452, 1, 5.

(*h*) Se vi è un solo erede, consegue esso la intera eredità (*successio ex asse*).

(*i*) Suolsi chiamarla anche successione per porzioni virili, fr. 2 § 2 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.* Nov. 118 c. 3 in fine.

(*k*) c. 2 C. IV, 55 *de suis et legit.*

(*l*) Questo modo di successione è contenuto nella Nov. 118, c. 2, se non espressamente, però di fatto.

(*m*) Confr. § 312 e Glück § 37.

po della morte del defunto (*n*), che ha secondo la legge il diritto alla successione (*o*).

Oltre i motivi generali della incapacità di ereditare (§ 301), vengono particolarmente esclusi dalla successione intestata coloro che trascurarono di chiedere un tutore pel pupillo (*p*).

Tanto la capacità di ereditare, quanto la prossimità della parentela vengono giudicate dal momento che l'eredità si devolve (§ 301 nota *r*); ciò succede ordinariamente al momento della morte del testatore (*q*), tranne il caso che soltanto in seguito diventasse nullo il suo testamento, mentre allora bisogna aver riflesso a questo momento (*r*).

§ 307.

I. *Classe dei Discendenti.*

1. Ad ambedue i genitori succedono i figli d'ambedue i sessi e d'ogni grado, procreati in un matrimonio legittimo, dei legittimati (*a*), tanto quelli che si trovano ancora sotto la patria potestà, quanto gli emancipati; tuttavia i più lontani soltanto, quando nella stessa linea non ne esista alcuno più prossimo (*b*). Se esistono discendenti da diversi matrimonii, succedono al defunto genitore quelli che discendono da lui, tanto se sono stati procreati nel primo ovvero in un altro susseguente matrimonio; ma ai figli del primo matrimonio resta la proprietà di quella sostanza che il comun genitore acquistò per titolo lucrativo dal conjuge defunto (*c*), alla quale si deve ancora aggiungere tutto ciò che la madre, la quale è già passata, o passa poi in seguito al secondo matrimonio, ereditò ab intestato dai figli del primo matrimonio, se ed in quanto questa eredità proviene dalla sostanza del già premorto marito (*d*). È per altro da osservare, che il padre acquista l'usufrutto di una porzione virile, se figli emancipati succedono alla loro madre (*e*); che egli conserva l'usufrutto di quella sostanza che i suoi nipoti, i quali si trovano ancora sotto la sua potestà, acquistarono dall'eredità del loro padre (*f*); e che finalmente la madre povera, la quale concorre coi propri figli e figlie, acquista l'usufrutto della quarta parte dell'eredità, o almeno di una porzione virile (*g*).

2. I figli arrogati e pienamente adottati, finchè durano i rapporti dell'adozione, succedono soltanto al padre, ed agli ascendenti paterni, se essi sono agnati (*h*); i non pienamente adottati succedono soltanto al padre, ma non ai suoi agnati (*i*); i figli adottivi succedono inoltre alla loro madre naturale, ma non al loro padre naturale (*k*). Tra i figli illegittimi i natu-

(*n*) § 8 *Inst* III, 1 *de hered. quae ab intest.* — fr. 6 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.* — fr. 6 pr. D. XXVIII, 3 *de injusto rupto.*

(*o*) fram. 2 § 4 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.*

(*p*) § 161 in fine.

(*q*) Se non vi sia alcun testamento, e l'erede più prossimo non sia ancor nato alla morte del testatore, allora l'eredità si devolve a quelli che stanno nella classe seguente, però dopo che sia decorso un tal tempo per essere certo che il postumo non sarà più per succedere, § 6 *Inst.* III, 2 *de legit. agn. success.* — fr. 8 § 1 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.*

(*r*) Wening T. III, lib. 5 § 18.

(*a*) c. 10 C. V, 27 *de natural. lib.* Confr. Glück § 139.

(*b*) Nov. 118, c. 1.

(*c*) § 137, n. 1. Confr. l'*Arch.* di Rosshirt I, 3, p. 386.

(*d*) Nov. 22 c. 46, Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* V, p. 370.

(*e*) c. 3 C. VI, 60 *de bonis matern.*

(*f*) Nov. 118 c. 1.

(*g*) Confr. § 312.

(*h*) §§ 2, 11 *Inst.* III. 1 *de hered. quae ab intest. defert.*

(*i*) c. 10 § 1, 2 C. VIII, 48 *de adopt.*

(*k*) c. 10 C. VIII, 48 *de adopt.* (dell'anno 530), alla quale non venne punto derogato mediante

2. i fratelli unilaterali e i loro figli, se quegli erano premorti,

3. gli altri più prossimi parenti (*b*).

II. La successione si fa in modo che la classe precedente esclude sempre la susseguente; e perciò se in una classe mancano tutti i chiamati, il diritto ereditario passa nella classe che segue immediatamente (*successio ordinum*) (*c*). Se nella stessa classe concorrono insieme più persone, nell' ultima, e nella seconda per ciò che risguarda gli ascendenti, il più prossimo di grado esclude il più lontano; nelle altre classi anche i più lontani ereditano coi più vicini, ma tuttavia in modo che i figli vengono esclusi dai loro genitori (*successio graduum*).

III. I figli che succedono perchè i loro genitori sono premorti, acquistano soltanto quella porzione ereditaria che avrebbero acquistata i genitori; essi dunque subentrano in certo modo in luogo de' loro genitori (*d*), e da ciò i moderni derivarono il diritto di rappresentazione, sull' idea del quale essi non sono tuttavia d'accordo. Ordinariamente si dice che i discendenti più lontani del defunto succedono allo stesso per diritto proprio, e che i figli e le figlie dei fratelli e sorelle del defunto a lui premorti succedono soltanto per diritto di rappresentazione; e la differenza consisterebbe in ciò, che quelli possono ripudiare l'eredità dei loro genitori, e tuttavia succedere *ab intestato* ai loro avi; mentre questi dopo aver ripudiata l'eredità dei genitori, non possono succedere ai loro zii o zie (*e*). Ma non vi è alcun fondamento sufficiente per stabilire questa differenza; poichè non solo i discendenti del defunto, ma benanche i figli e le figlie dei fratelli e sorelle sono chiamati dalla legge a succedere (*f*), e non vi è luogo, in cui venga detto che questi possono succedere *ab intestato*, soltanto allora che abbiano ereditato dal loro premorto genitore, in luogo del quale subentrano (*g*).

IV. Se vi sono più eredi (*h*), ha luogo la successione:

1. *per capacità*, quando si fanno tante porzioni quante sono le persone (*i*);

2. *per stirpes*, quando si fanno tante porzioni quante sono le stirpi, cosicchè tutti quelli che discendono da un ceppo comune acquistano soltanto una porzione, cioè quella che avrebbe acquistata il loro ascendente, se non avesse cessato di vivere prima del defunto (*k*).

3. *in lineas*, quando vengono fatte due porzioni, cosicchè una tocca agli ascendenti paterni, e l'altra agli ascendenti materni (*l*).

4. in una porzione certa e determinata in modo preciso dalla legge (*m*).

V. Ab intestato può succedere soltanto chi è capace di ereditare, ed era già nato, o almeno concepito, al tem-

(*b*) Koch fu il primo a seguire quest'ordine a senso della c. 2 e 3 Nov. 118. Lo stesso contiensi anco nei versi seguenti:
Descendentes omnis succedit in ordine primo;
Ascendes propriór, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
Denique proximior reliquorum quique superstes.

(*c*) arg. § 7 *Inst.* III, 2 *de leg. agn, success.*

(*d*) Nov. 118, c. 1 e c. 3.

(*e*) Così Kaufmann § 151, n. III, - Glück. p. 78 e 105.

(*f*) Nov. 118, c. 3.

(*g*) Mülenbruch III, § 452, 1, 5.

(*h*) Se vi è un solo erede, consegue esso la intera eredità (*successio ex asse*).

(*i*) Suolsi chiamarla anche successione per porzioni virili, fr. 2 § 2 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.* Nov. 118 c. 3 in fine.

(*k*) c. 2 C. IV, 55 *de suis et legit.*

(*l*) Questo modo di successione è contenuto nella Nov. 118, c. 2, se non espressamente, però di fatto.

(*m*) Confr. § 312 e Glück § 37.

po della morte del defunto (*n*), che ha secondo la legge il diritto alla successione (*o*).

Oltre i motivi generali della incapacità di ereditare (§ 301), vengono particolarmente esclusi dalla successione intestata coloro che trascurarono di chiedere un tutore pel pupillo (*p*).

Tanto la capacità di ereditare, quanto la prossimità della parentela vengono giudicate dal momento che l'eredità si devolve (§ 301 nota *r*); ciò succede ordinariamente al momento della morte del testatore (*q*), tranne il caso che soltanto in seguito diventasse nullo il suo testamento, mentre allora bisogna aver riflesso a questo momento (*r*).

§ 307.

I. *Classe dei Discendenti.*

1. Ad ambedue i genitori succedono i figli d'ambedue i sessi e d'ogni grado, procreati in un matrimonio legittimo, dei legittimati (*a*), tanto quelli che si trovano ancora sotto la patria potestà, quanto gli emancipati; tuttavia i più lontani soltanto, quando nella stessa linea non ne esista alcuno più prossimo (*b*). Se esistono discendenti da diversi matrimonii, succedono al defunto genitore quelli che discendono da lui, tanto se sono stati procreati nel primo ovvero in un altro susseguente matrimonio; ma ai figli del primo matrimonio resta la proprietà di quella sostanza che il comun genitore acquistò per titolo lucrativo dal conjuge defunto (*c*), alla quale si deve ancora aggiungere tutto ciò che la madre, la quale è già passata, o passa poi in seguito al secondo matrimonio, ereditò ab intestato dai figli del primo matrimonio, se ed in quanto questa eredità proviene dalla sostanza del già premorto marito (*d*). È per altro da osservare, che il padre acquista l'usufrutto di una porzione virile, se figli emancipati succedono alla loro madre (*e*); che egli conserva l'usufrutto di quella sostanza che i suoi nipoti, i quali si trovano ancora sotto la sua potestà, acquistarono dall'eredità del loro padre (*f*); e che finalmente la madre povera, la quale concorre coi propri figli e figlie, acquista l'usufrutto della quarta parte dell'eredità, o almeno di una porzione virile (*g*).

2. I figli arrogati e pienamente adottati, finchè durano i rapporti dell'adozione, succedono soltanto al padre, ed agli ascendenti paterni, se essi sono agnati (*h*); i non pienamente adottati succedono soltanto al padre, ma non ai suoi agnati (*i*); i figli adottivi succedono inoltre alla loro madre naturale, ma non al loro padre naturale (*k*). Tra i figli illegittimi i natu-

(*n*) § 8 *Inst.* III, 1 *de hered. quae ab intest.* — fr. 6 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.* — fr. 6 pr. D. XXVIII, 3 *de injusto rupto.*

(*o*) fram. 2 § 4 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.*

(*p*) § 161 in fine.

(*q*) Se non vi sia alcun testamento, e l'erede più prossimo non sia ancor nato alla morte del testatore, allora l'eredità si devolve a quelli che stanno nella classe seguente, però dopo che sia decorso un tal tempo per essere certo che il postumo non sarà più per succedere, § 6 *Inst.* III, 2 *de legit. agn. success.* — fr. 8 § 1 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.*

(*r*) Wening T. III, lib. 5 § 18.

(*a*) c. 10 C. V, 27 *de natural. lib.* Confr. Glück § 139.

(*b*) Nov. 118, c. 1.

(*c*) § 137, n. 1. Confr. l'*Arch.* di Rosshirt I, 3, p. 386.

(*d*) Nov. 22 c. 46, Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* V, p. 370.

(*e*) c. 3 C. VI, 60 *de bonis matern.*

(*f*) Nov. 118 c. 1.

(*g*) Confr. § 312.

(*h*) §§ 2, 11 *Inst.* III. 1 *de hered. quae ab intest. defert.*

(*i*) c. 10 § 1, 2 C. VIII, 48 *de adopt.*

(*k*) c. 10 C. VIII, 48 *de adopt.* (dell'anno 530), alla quale non venne punto derogato mediante

rali, tanto se sono soli, quanto se concorrono con altri figli legittimi, succedono pienamente alla loro madre, ed agli ascendenti materni (*l*); dal padre poi i figli naturali di primo grado (*m*) acquistano soltanto due once che devono dividere colla loro madre, anzi non acquistano neppur queste se il padre ha lasciato una moglie legittima, o i figli legittimi (*n*). Gli spurii, *vulgo quaesiti* ed *adulterini* succedono alla madre ed agli ascendenti materni pienamente, tranne il caso che la madre fosse *illustris*, ed avesse figli legittimi (*o*); ma non mai al padre, od agli ascendenti paterni (*p*). I figli incestuosi non succedono nè al padre nè alla madre (*q*). Per ciò che risguarda il modo di successione, i figli e le figlie succedono *per capita*, i nipoti e pronipoti ec. *per stirpes*, tanto se sono soli, quanto se concorrono con figli del primo grado (*r*).

§ 308.

II. *Classe degli ascendenti, dei fratelli e sorelle germani, e dei figli e figlie dei fratelli e sorelle morti prima del defunto.*

In questa classe succedono:

I. secondo la massima *jura successionis sunt reciproca*, i più prossimi ascendenti, cioè quelli ai quali, se fossero morti prima, sarebbe succeduto il discendente, della cui eredità si tratta; e perciò i genitori succedono ai loro figli legittimi e legittimati, il padre adottivo e la madre naturale (*a*) succedono ai figli arrogati, e pienamente adottati; la madre succede pienamente al proprio figlio naturale, ma il padre acquista soltanto due once, se il suo figlio procreato nel concubinato non lasciò addietro un legittimo conjuge (*b*), e così in seguito.

Tuttavia bisogna osservare le seguenti eccezioni:

1. il padre adottivo non succede al figlio *minus plene* adottato (*c*);

2. l'arrogante non succede all'arrogato se egli muore nella impubertà (§ 144 nota *g*);

3. ma la madre che sia *illustris*, quantunque abbia figli legittimi, suc-

la Nov. 118, mentre non già soltanto con questa novella, ma ben anche innanzi alla c. 10 C. *de adopt.* avea la c. 12 C. VI, 55 *de suis et legit.* (dell'anno 528) stabilito il principio, che nella successione intestata non vi abbia ad essere alcuna differenza tra i discendenti agnati e i cognati, e nullameno Giustiniano nella c. 10 *de adopt.* fissò la regola che quei discendenti, i quali hanno già diritto di succedere nella sostanza del padre adottivo non possano succedere al loro padre naturale. Confr. Mulenbruch nel *Comm.* di Glück XXXV, p. 173.

(*l*) c. 5 C. VI, 57 *Ad senatuscons. Orphyt.*

(*m*) c. 12 C. V, 27 *de natural. lib.*

(*n*) Nov. 18 c. 5. — Nov. 89, c. 12 § 4 e 6.

(*o*) § 3 *Inst.* III, 4 *de senatuscons. Orphyt.* — fr. 2, fr. 4, fr. 8 D. XXXVIII, 8 *Unde cognati.* — c. 5 C. VI, 57 *Ad senatuscons. Orphyt.* Diversamente opina Glück § 136, p. 505 rispetto ai figli adulterini: ma la Nov. 89 c. 15 non è contraria alla nostra opinione, imperocchè la medesima devesi interpretare mediante la Nov. 12, c. 1. — *Personae illustres* erano i senatori di primo rango, come per es. il prefetto del pretorio, quello della città ecc. Glück p. 522.

(*p*) § 4 *Inst.* III, 5 *de success. cogn.*

(*q*) c. 6 C. V, 5 *de incest. nupt.* — Nov. 74, c. 6 Nov. 89 c. 15 Glück (§ 134) opina che ciò valga non solo per quei figli che si appellan incestuosi, secondo il Diritto delle genti, ma anco per quelli che tali si chiamano secondo il Diritto civile (§ 58); stando al testo della legge è però quasi impossibile di sciogliere questa quistione in modo da non lasciare alcun dubbio.

(*r*) § 6 *Inst.* III *de hered. quae ab intest.* — c. 2 C. VI, 55 *de suis et legit.* — Nov. 118 c. 1. Che possa aver luogo la successione per istirpi, abbenchè non vi siano nipoti che di un solo figlio, lo afferma anche Glück nella seconda edizione contro Rolgersio (confr. Kaufmann § 152 in fine); poichè i figli subentrano sempre in luogo dei defunti loro genitori, e perciò rappresentano una sola persona. — Se si considerano soli, è indifferente ch'essi succedano per capi o per istirpi; ma se si considerano in concorso di altri, p. e. colla vedova che non abbia beni (§ 312), allora è chiara a vedersi la importante differenza fra i due suddetti modi di successione.

(*a*) Confr. il § antecedente nota *k*.

(*b*) Nov. 89 c. 13.

(*c*) c. 10 § 1 C. VIII, 48 *De adopt.*

cede alla prole *spuria, vulgo quaesita* ed *adulterina* (*d*).

4. se i discendenti per un'azione turpe ed espressa nelle leggi vengono esclusi dalla successione non solo testamentaria, ma benanche dalla legittima, possono i genitori nondimeno succedere nella seconda classe (*e*).

II. Assieme cogli ascendenti vengono ammessi alla successione intestata i fratelli e le sorelle bilaterali, se essi, riguardo ad ambedue i genitori sono perfettamente capaci di succedere (*f*).

III. Finalmente appartengono ancora a questa classe i figli e le figlie (*g*) dei fratelli e sorelle bilaterali e pienamente capaci di succedere, quando questi abbiano cessato di vivere prima del defunto; purchè possano pienamente succedere a quel genitore in cui luogo subentrano (*h*), e non sieno in generale esclusi dalla successione collaterale (*i*).

Quanto al modo di successione bisogna distinguere:

1. Se gli eredi sono tutti della medesima specie, gli ascendenti di primo grado e i più lontani dallo stesso lato, succedono *per capita*; i più lontani di lati diversi *in lineas* (*k*); i fratelli e sorelle e i loro figli, se sono soli, *per capita*, quantunque discendano da diversi fratelli o sorelle (*l*).

2. Se concorrono insieme eredi di specie diversa, gli ascendenti succedono sempre *per capita* (*m*), i fratelli e sorelle, e così pure i loro figli, *per stirpes* (*n*). Se poi gli ascendenti concorrono soltanto con figli o figlie dei fratelli e sorelle morti prima del defunto, della cui eredità si tratta, in tal caso questi figli o figlie non vengono neppure ammessi alla successione (*o*).

§ 309.

III. *Classe dei fratelli e sorelle unilaterali, e dei loro figli.*

Nella terza classe succedono:

I. I fratelli e sorelle unilaterali, cioè quelli che hanno comune un solo dei genitori, al quale possono pienamente succedere. A questi appartengono p. e. quelli che hanno comune soltanto il padre, o soltanto la madre, ed anche i fratelli e sorelle che, quantunque bilaterali, tuttavia non possono pienamente succedere che ad un solo dei genitori, come i naturali, gli spurii, gli adulterini, ed i *vulgo quaesiti* (*a*).

II. I figli di primo grado di fratelli e sorelle unilaterali premorti al defunto, sotto la stessa condizione accennata nell'antecedente paragrafo. I fratelli e le sorelle, come pure i loro figli, se sono soli, succedono *per capita*; ma se questi concorrono coi loro zii o zie *per stirpes* (*b*).

(*d*) c. 5 C. VI, 57 *Ad senatuscons. Orphit.*

(*e*) Nov. 115. cap. 3 § 9. 12, 13.

(*f*) Nov. 118, cap 2. Perciò non può aver luogo la successione tra i due fratelli nati in un concubinato, sebbene aventi comuni i genitori; poichè i figli naturali hanno bensì pien diritto di successione rispetto alla madre, ma non così riguardo al padre.

(*g*) I nipoti maschi e femmine non possono succedere che nella ultima classe (§ 310).

(*h*) Perciò il figlio naturale di un fratello germano non potrà succedere per l'addotta ragione nè in questa nè nella classe susseguente.

(*i*) Così il figlio adottato *minus plenae* non potrà succedere al fratello germano del suo padre adottivo; dacchè per l'adozione *minus plena* si consegue il diritto di succedere solo nella eredità del padre.

(*k*) Nov. 118, c. 2.

(*l*) fr. 2 § 2 D. XXXVIII, 16 *De suis legit.* — 14 in fine c. 15 § 3 C. VI, 58 *De legit. hered.*

(*m*) Nov. 118, c. 2.

(*n*) Nov. 118, c. 3.

(*o*) Nov. 118, c. 3. Confr. colla nov. 127, c. 1 — Glück § 168, p. 640.

(*a*) § 4 *Inst.* III, 5 *De succes. cogn.* — fr. 2, fr. 4 D. XXXVIII, 8 *Unde cognati.* — Nov. 118, cap. 3.

(*b*) Nov. 118, cap. 3.

§ 310.

IV. *Classe degli altri consanguinei.*

Finalmente vengono chiamati gli altri parenti di qualunque grado in infinito (*a*); tuttavia solamente quando essi succedano pienamente ad ambedue i genitori, e fra l'erede ed il defunto non vi sia alcuna persona intermedia la quale non possa pienamente succedere al proprio genitore (*b*). Il più prossimo di grado esclude il più lontano, e i più egualmente prossimi succedono *per capita* (*c*).

§ 311.

Successione per doppia consanguinità.

Può accadere che taluno acquisti più porzioni ereditarie in forza di una doppia consanguinità (*a*).

1. Se la consanguinità naturale e quella civile si uniscono in una persona, questa, purchè le regole finora addotte lo permettano, acquista una doppia porzione ereditaria (*b*);

2. se taluno è legato col defunto da doppia consanguinità, egli acquista parimenti una doppia porzione ereditaria, se ha luogo la successione *in lineas*; ma non però nella successione *per capita* (*c*).

(*a*) § 3 *Inst.* III, 2 *De legit. agnat. success.* — fr. 2 § 1 D. XXXVIII, 16 *De suis atque legit.* non vi fa obice il § 5 *Inst.* III, 5 *De success. cognat.* Höpfner *Comm.* § 700, n. 2.

(*b*) Gluck § 192.

(*c*) Nov. 118, c. 3, 4.

(*a*) Glück § 39-42.

(*b*) Così a cagion d'esempio il nipote adottato dall'avo materno divide con la madre vivente la eredità dello stesso. Se poi sia mancata anche la madre, in tal caso egli consegue la metà della eredità qual figlia adottiva, e l'altra metà si suddivide fra lui ed i suoi fratelli e sorelle tuttora viventi e che succedono in luogo della madre.

(*c*) Ciò non è in vero espressamente dichiarato nei fonti, ma lo si desume dalla Nov. 118, c. 1-3. Mackeldey § 621, ediz. 7.ma. Seuffert III, § 561. La maggior parte degli scrittori annovera qui anche la successione per istirpi; ma siccome questo modo di succedere non potrebbe aver luogo, per nostro avviso, se non riguardo ai figli di diversi fratelli e sorelle nella 2.da e 3.za classe, e siccome fra fratelli e sorelle non può seguire matrimonio, così abbiamo qui ommesso il caso di una tal successione.

§ 312.

Successione per un fondamento particolare. — I. A motivo di matrimonio.

In virtù dell'editto pretorio *unde vir et uxor* i conjugi si succedono reciprocamente, se al momento della morte di uno di essi sussiste ancora il matrimonio, e non vi è alcun parente in nessuna delle classi suesposte (*a*).

Inoltre secondo la Nov. 117, c. 5 la moglie che non abbia beni (*b*) vien chiamata all'eredità del marito insieme ai parenti od eredi del medesimo (*c*); anzi anche nel caso che il marito abbia fatto testamento può essa pretendere la sua porzione dalla legge fissatale (*d*), la quale consiste in una porzione virile se essa concorre con quattro o più discendenti (*e*); se ella poi concorre con un numero minore di discendenti, o con altri parenti, tanto se sono molti come se sono pochi, acquista sempre la quarta parte di tutta la eredità (*f*) in piena proprietà, tranne se esistessero figli dello stesso matrimonio, nel qual caso essa ne acquista il solo usufrutto finchè vive (*g*).

(*a*) fr. un. D. XXXVIII. 11 *Unde vir et uxor.* — c. un. C. VI, 18 *Unde vir et uxor.*

(*b*) Non già il marito, mentre colla Nov. 117, c. 5 fu derogato alla Nov. 53. c. 6.

(*c*) Nov. 53, c. 6 § 2. Se la moglie ha dote, non ha più luogo una tale successione, Nov. 53, c. 6 pr. — Nov. 117, c. 5.

(*d*) Gluck § 121.

(*e*) I discendenti di un medesimo stipite rappresentano una persona sola. § 307 nota *r*. Del resto è indifferente che questi siano discendenti della stessa moglie oppure di un matrimonio antecedente del testatore, Gluck § 122.

(*f*) Nov. 117. cap. 5. Gluck § 122.

(*g*) Nov. 117, cap. 5 « *Dominum autem illius filiis servetur,* quos ex ipsis nuptiis habuerit. *Si*

In questa porzione ereditaria poi deve la moglie conferire tutto ciò che essa acquistò dal marito *mortis causa* in via di legato o di donazione (*h*). Del resto la moglie, se ella non acquistò la porzione che le compete espressamente in via di legato (*i*), succede come erede (*k*), ma tuttavia in maniera che essa in virtù del diritto di accrescimento (§ 502) non può conseguire più della porzione dalla legge destinatale (*l*).

Qual diritto abbia il marito se la moglie muore lasciando figli emancipati, lo abbiamo già veduto di sopra (§ 307).

§ 313.

II. *A motivo della cura di un demente.*

Chi si prese cura di un demente che era stato trascurato da' suoi eredi legittimi o testamentarii, ad onta che se ne avesse loro dato avviso, e lo sostentò a proprie spese fino alla sua morte, gli succede nella eredità con esclusione di tutti gli altri (*a*).

§ 314.

III. *A motivo di un privilegio* — IV. *A motivo della liberalità del Principe.*

Se nessuno non può o non vuole acquistar l'eredità secondo le fin qui spiegate norme, in tal caso la facoltà rimasta perciò libera (*bona vacantia*) si devolve al fisco.

Tuttavia vi sono ancora alcune persone e collegi che vengono preferiti al fisco:

1. le Chiese ed i conventi ereditano dai loro chierici e monaci (*a*);

2. la legione ovvero il reggimento dei soldati (*b*); inoltre altre comunità, come quelle dei Decurioni, dei barcajuoli, dei coortali, degli armajuoli, ereditano dai loro membri (*c*);

3. chi partecipa della liberalità del principe acquista, se non esiste alcun erede, le cose che il principe avea donate a molti insieme: tuttavia questa successione non è da considerarsi come eredità, ma come legato, perchè concerne soltanto una cosa singola e specificata (*d*).

§ 315.

V. *Diritto ereditario del fisco.*

Finalmente, premessa la citazione degli eredi che vi potessero essere (*a*), succede il fisco (*b*). Ma egli deve pa-

vero talis mulier filios ex eo *non habuerit, jubemus etiam dominii jure habere eam res.* » — Stando però alla Novella 127, c. 3 pare che alla moglie superstite in concorso dei propri figli e fino a che non sia passata a seconde nozze, oltre all'usufrutto della quarta parte della sostanza ovvero di una porzione virile, competa anche la proprietà di una parte eguale a quella assegnata al figlio. È vero che l'anzidetta novella stabilisce ciò solamente riguardo alla dote e alla *donatio propter nuptias* pel caso di scioglimento del matrimonio, ma sembra potersi estendere per analogia una tale disposizione; dappoichè Giustiniano riguardo al quesito in quanto preservare si debba ai figli la quarta parte della eredità, ovvero la porzione virile, dichiarò più volte che si debba in ciò procedere in tutto e per tutto come per la dote e la donazione per le nozze, c. 11 § 1 C. V, 17 *De repud.* — Nov. 22 c. 21, 30, Marezoll nel *Gior. pel Dir. e Proc. civ.* III, 1, p. 107.

(*h*) Nov. 53, c. 6. — Wening III, lib. 5 § 31 in fine.

(*i*) Nov. 53. c. 6 pr. « *Si tamen* legatum *aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte.* »

(*k*) Nov. 53, c. 6 § 1.

(*l*) Gluck § 126, 127.

(*a*) Nov. 115, c. 3 § 12.

(*a*) c. 20 C. I, 3 *De Episc. et Cleric.* — Nov. 5, cap. 5 — Nov. 131, cap. 13.

(*b*) fr. 6 § 7 D. XXVIII, 3 *De injusto, rup., irrit. test.* — c. 2 C. VI, 62 *De hered dec.*

(*c*) c. 1, 3-5 C. VI, 62 eod.

(*d*) c. un. C. X, 14 *Si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit.* Sembra quindi che il compartecipe della sovrana munificenza si possa preporre soltanto al fisco, non mai agli altri eredi testamentarii o legittimi « *si nullo herede relicto decesserit.* » Glück § 104.

(*a*) c. 5 C. X, 10 *De bonis vacant.*

(*b*) c. 1, 4, 5 C. X, 10 eod. — fr. ult. D. XXXVIII.

gare tanto i debiti, quanto i legati (*c*) e fedecommessi ordinati in un codicillo intestato (*d*). Il diritto del fisco si estingue, se non gliene fu dato alcun avviso, entro quattro anni successivi decorribili dal momento che la facoltà del defunto cominciò ad esser giacente; cosicchè dopo questo tempo non può esser più promossa azione contro il possessore dell'intera sostanza, sotto qualunque titolo ed in qualunque maniera l'abbia egli acquistata (*e*). Ma se il fisco ebbe notizia della eredità, in tal caso il suo diritto si estingue soltanto in trent'anni (§ 219 nota *i*).

TITOLO III.

***Della successione testamentaria, e dei requisiti essenziali di un testamento* (*a*).**

§ 316.

Dell'idea di un testamento, e dell'ordine della nostra esposizione.

Per *testamento* s'intende in senso lato qualunque dichiarazione di volontà sopra ciò che taluno desidera che si faccia dopo la morte (*a*). Ma in senso proprio si deve intendere quella dichiarazione di ultima volontà, la quale contiene l'istituzione di un erede immediato, ed in questo senso un testamento viene contrapposto ai codicilli (§ 406) (*b*).

Nella teoria dei testamenti tratteremo prima delle persone che possono testare, e della forma esterna ed interna dei testamenti, prima secondo il Diritto comune, e poi secondo il Diritto speciale, il qual ultimo in parecchi testamenti, come p. e. in quelli dei militari, stabilisce varie eccezioni.

§ 317.

Della capacità di testare.

(Testamenti factio activa).

Tutti quelli che non ne hanno verun naturale o legale impedimento, possono testare. Gl'impedimenti, provengono in parte dalla mancanza di stato, e in parte da un difetto o delitto (*a*).

I. Pel primo motivo non possono testare, per mancanza di libertà gli schiavi (*b*) e i prigionieri di guerra (*c*); per mancanza dei diritti civi-

9 *De succes. edicto.* Blume nel *Mus. ren.* IV, 2, pag. 212-222, studiasi di dimostrare che fisco non succeda come erede, ma che lo si debba invece riguardare come occupante.

(*c*) fr. 11 D. XLIX, 14 *De jure fisci.*

(*d*) fr. 69 § 1, fr. 114 § 2 D. XXX, *De legat.* 1. — Nov. 1. c. 1 § 3.

(*e*) c. 1 C. VII, 37 *De quadrienii praescript.* — § 9 *Inst.* II, 6 *De usucap.* — fr. 10 § 1 D. XLIV, 3 *De div. temp. praescript.* — fr. 1 § 2 D. XLIX, 14 *De jure fisci.* Fino a che il fisco non abbia ricevuta la denunzia, possono le singole cose della eredità venir acquistate mediante la usucapione ordinaria; ma seguita la denunzia, si possono usucapire soltanto colla prescrizione estraordinaria, fr. 18 D. XLI, 3 *De usurp.* — Wening. III, 5 § 40 in fine.

(*a*) F. E. Westphal *Teoria del Dir. rom. sui testamenti e intorno ai testatori ed eredi, e sulle formalità e validità delle disposizioni di ultima volontà,* Lipsia 1790. — G. E. Slebenkecs *Trattato sui testamenti, codicilli, legati e fidecommessi,* Norim. 1791. — G. L. Koch *Saggio di una esposizione sistematica della dottrina della successione testamentaria,* Francoforte 1814. — G. H. Dernburg *Aggiunta alla storia dei testamenti rom.,* Bonna 1821.

(*a*) fr. 1 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* Confr. anche il fr. 20 § 8 D. eod. ed il pr. *Inst.* 10 *De test. ord.* — fr. 1 § 2 D. XLIII, 5 *De tab. exbib.*

(*b*) § 2 *Inst.* II, 25 *De codicillis.* — c. 14 C. VI, 23 *De test. et quemad. test. ord.*

(*a*) *Inst.* II, 12 *Quibus. non est permissum facere test.* — D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — C. VI, 22 *Qui test. facere poss. vel non.* — Gunther § 713-715. — Glück XXXIII, p. 317. — XXXIV. p. 149.

(*b*) fr. 19 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.*

(*c*) fr. 8 pr. D. XXVIII, 1 cit. Perciò un testamento fatto durante la prigionia non sarà valido, sebbene il testatore prigioniero avesse fatto ritorno. Se però il testatore fosse stato eretto innanzi la prigionia e il testatore fosse già ritornato in libertà, sarà valida la disposizione in vigore del *jus postliminii,* e la sarà pure anco nel caso ch'egli fosse mancato a'vivi durante la prigionia, in forza della legge Cornelia, § 5 *Inst.* II, 12 *Quib. non est permiss. fac. test.*

li, i forestieri (*d*) e i relegati (*e*); per mancanza di certi diritti di famiglia, i figli di famiglia, tranne rispetto al peculio castrense e quasi-castrense (*f*). Neppure quelli che dubitano sui diritti del proprio stato, cioè se sieno liberi o schiavi, cittadini o stranieri, indipendenti o dipendenti da un terzo, non possono fare un testamento valido (*g*).

II. Per difetto corporale non possono testare i sordi-muti che sono nati tali; che se sono stati colpiti da questo difetto posteriormente, o se sono soltanto sordi, o soltanto muti, in tal caso possono testare purchè possano o a voce od in iscritto dichiarare la loro volontà (*h*). Per diritto di mente non possono fare testamento i furiosi e dementi, quando non abbiano dei lucidi intervalli (*i*), come neppure i prodighi (*k*), e gl' impuberi (*l*). Riguardo all'errore, dolo, timore e violenza valgono le norme generali (§ 87, 88, 89) (*m*).

III. Per un delitto sono incapaci di testare i condannati a morte, se colla pena è congiunta la confisca dei beni (*n*) e la sentenza è già passata in giudicato, ed è già matura per l'esecuzione (*o*); gli apostati (*p*); i manichei, donatisti ed anabattisti (*q*); i pasquillanti (*r*), e quelli che fecero un matrimonio incestuoso, se non istituiscono i loro figli legittimi (*s*).

Del resto gl' impedimenti derivanti dallo stato e da un delitto sono sempre di pregiudizio, tanto se sono nati prima quanto dopo il testamento (*t*); ma gl' impedimenti che nascono da un difetto producono la incapacità di testare soltanto nel caso che esistessero già al tempo della dichiarazione di ultima volontà (*u*).

(*d*) Ulp. *Fragm.* XX, 14.

(*e*) fr. 8 § 1-2 D. XXVIII, 1 cit., non già i relegati, fr. 8 § 3 D. eod.

(*f*) pr. *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss.* — fr. 6 pr., fr. 19. D. XXVIII, 1 cit. — c. 11, 12 C. VI 22 *Qui test. fac. poss.*, però in caso di morte è loro permesso col consenso del padre, di donare il peculio profetizio come pure l'avventizio (§ 551).

(*g*) fr. 14, 15 D. XXVIII, 1 cit. — Ulp. *Fragm.* XX, 11.

(*h*) Previa opportuna investigazione, è permesso di far testamento ai sordo-muti, che sono tali per difetto naturale, ottenutane però autorizzazione dal sommo Imperante. Confr. Ulp. XX, § 13. — § 2 *Inst.* II, 11 *De milit. test.* — § 3 *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss. fac. test.* — fr. 4 D. XXIX, 1 *De test. milit.* — c. 10 C. VI, 22 *Qui test. facere poss.* Prima di tale Costituzione non potevano testare, tranne che per privilegio del Principe, neppure coloro ch' erano solo sordi oppure soltanto muti, fr. 6 § 1, fr. 7 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. pos.* G. E. Gensler nell'*Arch. della Prat. civ.* III, 3, p. 353-370.

(*i*) § 1 *Inst.* II, 12 cit. — fr. 17 D. XXVIII 1, cit. — c. 9 C. VI, 22 cit.

(*k*) § 2 *Inst.* II, 12 cit. — fr. 18 pr. D. XXVIII, 1 cit.

(*l*) § 1 *Inst.* II, 12, cit.

(*m*) fr. 20 § ult. D. XXVIII, 1 cit. — fr. 2 D. XXIX, 6 *Si quis aliqu. test. proh.* - fram. 2 § 7 D. XXXVII, 11 *de bon poss. secund. tab.* fr. 9 pr. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — c. 1 C. I, 2 *De senatuscons. eccles.* — c. 1 C. VI, 34 *Si quis aliq test. proh.* Glück XXXIII, p. 420-440. Se per inganno o violenza avvenne che il testatore non abbia nominato taluno in suo erede, com' egli sarebbe stato intenzionato di fare, non sarà quegli, è vero, erede, ma esso potrà però esigere risarcimento, fr. 88 § 4 D. *De legat.* II. — Nov. 115, c. 3, § 9.

(*n*) Per lo addietro i condannati a morte divenivano contemporaneamente schiavi, e non potevano perciò giammai fare testamento, fr. 8 § 4, fr. 9 D. XXVIII, 1 cit.; mediante la Nov. 22, c. 8 venne, è vero, abrogata riguardo ai liberi la così detta *servitus poenae*, e per la Nov. 134, c. 13 fu pure tolta la confisca del patrimonio, ma ciò solo a vantaggio dei discendenti ed ascendenti (§ 300). Restò quindi in pieno vigore il disposto della legge, che i condannati a morte non possano fare testamento. Glück XXXIV, pag. 93.

(*o*) fr. 13 § 2 D. XXVIII, 1 cit.

(*p*) c. 2, 3 C. I, 7 *De apost.*

(*q*) c. 4 pr. § 3, 5 C. I, 5 *De haered.* - c. 2 C. I, 6 *Ne sacrum bapt.*

(*r*) fr. 21 pr. D. XXII, 5 *De test.* — fr. 18 § 1 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — fr. 5 § 9, D. XLVII, 10 *De injur.*

(*s*) c. 6 C. V, 5 *De incest. nupt.* — Nov. 12, c. 1, 2.

(*t*) fr. 8 § 1, 2 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — c. 4 C. VI, 22. — c. 4 § 5 C. I, 5 *De haeret.*

(*u*) fr. 2, fr. 6 § 1, fr. 18 pr. D. eod.

§ 318.

Breve descrizione storica delle forme esterne del testamento.

Siccome la successione intestata venne introdotta mediante una legge, e credevano i Romani che una legge non si potesse abolire che mediante un'altra nuova legge; perciò soltanto nelle pubbliche adunanze per comando del popolo, e sotto autorità del pontefice, coll'osservanza di certe solennità, poteano esser nominati degli eredi.

Al tempo della guerra, omettendo ogni solennità facevano i soldati i loro testamenti prima di cominciar la battaglia. Si mettevano essi innanzi all'esercito schierato in battaglia; e tenendo in mano i loro scudi, nominavano alla presenza di tre o quattro testimonii l'erede (*a*).

Colla legge delle XII Tavole venne accordata ai padri di famiglia la libera facoltà di testare; e siccome non era prescritta veruna forma, così i giureconsulti ritrovarono la forma di una finta vendita della eredità (*per aes et libram*); venne cioè istituito un compratore della eredità (*familia*) (*b*), il quale in presenza di uno che tenea la bilancia (*libripens*) e di altri cinque cittadini romani come testimonii, batteva una moneta sulla bilancia, e la dava poi al testatore come correspettivo, dopo di che il testatore mostrando uno scritto diceva: « ***Haec ita, ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote*** » (*c*).

In seguito, il pretore in vista di un testamento sottoscritto da sette testimonii accordava la ***bonorum possessio secundum tabulas*** (*d*), dispensando da quella finta vendita, e dalla formula in essa usitata.

Finalmente, coll'uso ed in virtù delle Costituzioni degl'imperatori, è invalsa quella forma che viene osservata secondo il Diritto attuale.

§ 319.

Forma esterna dei testamenti secondo il Diritto attuale.

I. *Testamenti pubblici.*

In tempi più recenti s'introdussero i testamenti pubblici, che non abbisognano di alcuna formalità esterna, fra cui appartengono:

1. quelli che mediante una supplica venivano consegnati all'imperatore nel consiglio di stato (*in consistorio*), e

2. quelli che venivano fatti a voce innanzi al competente magistrato, ed assunti dal giudice a protocollo, e depositati negli archivi (*a*).

(*a*) J. G. Heinecc. *Antiqu. roman. second. ordin. Inst. Argentorati* 1724, p. 438 e 439. — § 1 *Inst.* II, 10 *De test. ord.* — Theophil. *paraph.* a quel paragrafo delle *Instituzioni*. - Ulp. *Fragm.* XX, 2 Goll. *Noct. att.* XV, 27.

(*b*) Nei tempi più remoti non era già l'erede il così detto *familiae emtor*, come opinano molti, poichè Gajo II, § 103 dice: « *olim famigliae emtor . . . heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet* » . . . .

(*c*) § 1, 10 *Inst.* II, 16 *De test. hered.* e Theophil. cit. — Ulp. *Fragm.* XX, 2-9. — Gaji *Inst.* II, § 104. *Storia del Diritto* di Hugo, ediz. 10.ma, p. 506 e seg.

(*d*) § 2 *Inst.* II, 10 *De test. ordin.*

(*a*) c. 19 C. VI, 23 *De testam.* Di opinione diversa è L. G. Madihn nelle sue *Miscellanee di Giurisprudenza* elaborate sopra casi la maggior parte accademici, e avuto speciale riguardo alle legislazioni moderne. Vol. I, Breslavia 1814, n. 21, pag. 103-112 Confr. anche nell'*Arch della Prat. civ.*, V, 1, Spangenberg. *Dissertazioni sulla teoria dei testamenti* p. 159 e VI, 2 Thibaut *Sui testamenti delle persone che non sanno scrivere.* Guyet nell'*Archiv. della Prat. civ.* XIII, 2, p. 254, dimostra con buone ragioni che in questo caso non si ammetteva alcun mandatario in luogo del testatore; nel resto egli ha speciale riguardo alla opinione invalsa in Germania per ragioni di analogia, che la suaccennata disposizione cioè sia da applicarsi anche in proposito de' testamenti scritti che vengono prodotti in Giudizio. Confront. Gluck XXXIV, p. 169.

§ 320.

II. *Testamenti privati.*

I *testamenti privati* sono scritti o nuncupativi (*scripta vel nuncupativa*). Essi hanno requisiti in parte *comuni*, ed in parte *speciali*.

I *comuni* sono:

I. Unità dell'azione, la quale consiste in ciò, che l'erezione dell'atto di ultima volontà, si eseguisca senza interruzione, cioè s'incominci (*b*), e si compia (*c*) nello stesso giorno e nello stesso tempo, nè venga interrotta da verun altro affare estraneo. Una interruzione necessaria, come p. e. il prender cibo, bevanda od una medicina non è di pregiudizio (*d*).

L'azione del testare, nel testamento scritto, comincia col mostrare che fa il testatore ai testimoni a ciò ricercati ed adunati l'istrumento che contiene il testamento, e colla simultanea dichiarazione che quello contiene l'ultima sua volontà, e finisce tostochè l'ultimo testimonio vi ha apposto il suo nome ed il suo sigillo; dal che si rileva che, quantunque il testamento sia stato scritto in altro tempo, ciò non è di verun pregiudizio.

Nel testamento nuncupativo ne incomincia la erezione nel momento che il testatore prega i testimoni a voler sentire la sua ultima volontà, e termina tostochè egli chiude la sua dichiarazione (*e*).

II. *La presenza di sette testimoni* (*f*), i quali devono essere a ciò ricercati, cioè chiamati per far da testimoni; oppure, se forse erano presenti a caso, si dee far loro osservare che devono servir da testimoni di un'ultima volontà (*g*), si richiede inoltre che essi v'intervengano liberamente (*h*), che veggano il volto del testatore (*i*), e che al momento della erezione del testamento non osti loro verun impedimento (*k*). Sono poi incapaci per natura stessa della cosa i furiosi e dementi, se non hanno dei lucidi intervalli, quelli che sono giudizialmente dichiarati prodighi, gl'impuberi, i sordi, i muti (*l*) ed i ciechi (*m*). Per legge poi sono incapaci

(*b*) fr. 20 § 8, fr. 21 § 3 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — c. 21 pr. C. VI, 23 *De test.* Confr. Marezoll nel *Gior. di Dir. e Proc. c.* IV, 1, p. 51.

(*c*) fr. 28, fr. 29 D. eod.

(*d*) c. 28 pr. C. VI, 23 *De test. et quemadm. test. ordin.*

(*e*) c. 21 pr. § 2 C. eod.

(*f*) § 3 *Inst.* II, 10 *De test. ordin.*

(*g*) fr. 21 § 2 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.*

(*h*) fr. 20 § 10 D. eod.

(*i*) arg. c. 9 C. VI, 23 *De test. et quemad.*

(*k*) fr. 22 § 1 D. XXVIII, 1 cit. — c. 1 C. VI, 23 cit. Confr. § 7 *Inst.* II, 10 *De test. ordin.* La disposizione però di un testimonio incapace è valida, qualora egli stesso abbia taciuta la circostanza che lo rende inabile e questa non fosse stata nota nè al testatore nè agli altri testimoni, dacchè in tale ipotesi sarebbe esso stato ritenuto generalmente, per testimonio abile, fr. 3 pr. D. XIV, 6 *De senatuscons. Maced.* § 7 *Inst.* II, 10 *De test. ordin.* Westphal p. 144.

(*l*) § 6 *Inst.* II, 10 *De test. ordin.* — fr. 20 § 4 D. XXVIII, cit. — fr. 18 pr. D. XXVIII, 1 cit.

(*m*) Veggasi arg. c. 9 C. VI 23 *De test. et quemad.* Sono però discordi i Giureconsulti intorno al significato di questa legge. Confr. Höpfner *Comm.* § 445. Per la opinione da noi addotta stanno fra i moderni Seuffert III, § 524. Mühlenbruch III, § 476. — Hartitzsch § 55. Si confronti anche Günther § 719, e specialmente Gluck XXXIV, p. 293. Di opinione diversa è Marezoll e con esso altri scrittori: vedi il *Gior. del Dir. e Proc. civ.* IV, 1 p. 58. Poichè per suo sentimento i ciechi sarebbero ammissibili come testimoni nei testamenti nuncupativi. La nostra opinione sembra decisiva la c. 8 C. VI, 22, la quale prescrive le formalità del testamento dei ciechi, ove però le parole *oculis spectata*, che si leggono in fine della medesima, non sono collocate in modo di additare una formalità speciale, e necessaria soltanto nei testamenti dei ciechi. Se per altro Marezoll nello stesso *Giornale* V, 3, p. 429, sostiene che non sia necessario che i testimoni conoscano il testatore, noi crediamo contro Glück XXXIV, p. 304 di poter accedere in ciò al suo parere senza taccia d'inconseguenza, mentre ciò non è prescritto da legge alcuna, nè sorge dalla natura stessa della cosa.

quelli che non sono cittadini romani (*cum quibus testamenti factio non est*) (*n*), quelli ai quali la legge per castigo tolse espressamente la capacità di accertare qualche cosa nella loro qualità di cittadini colla loro testimonianza (*o*), come pure in generale quelli ai quali manca la capacità di testare (*p*), le donne (*q*), lo stesso testatore e l'erede, e così pure tutte le persone che sono legate col testatore o coll'erede dal nesso della patria potestà (*r*). La sola consanguinità fra il testatore e l'erede, o il legame dei testimoni fra loro non è di verun pregiudizio (*s*).

§ 321.

Formalità che sono proprie in parte del testamento scritto, ed in parte del nuncupativo.

Le formalità particolari di un *testamento scritto* sono le seguenti:

I. Si richiede la scrittura del testatore. Se egli ha scritto di proprio pugno tutto il testamento (*holographum testamentum*), non v'è bisogno neppure della sua firma, purchè egli abbia dichiarato nel testamento stesso, ch'egli lo ha scritto tutto di proprio pugno; se fu omessa questa dichiarazione, o se il testamento fu scritto da altri (*testamentum allographum*), allora il testatore deve sottoscriverlo in presenza dei testimoni, o se non sa o non può scrivere, deve chiamare un'ottava persona (*subscriptor*) la quale sottoscriva il suo nome per lui (*a*).

II. Dopochè il testatore dichiarò che il testamento da lui mostrato contiene la sua ultima volontà, ed egli stesso, se è necessario, lo sottoscrisse (*b*), segue la sottoscrizione autografa dei testimoni coll'osservazione di chi sia il testamento che sottoscrissero (*c*); la loro suggellazione, la quale può farsi tanto col sigillo proprio quanto coll'altrui, o con qualche altro istrumento, su cui vi sia uno stemma o qualunque altro segno (*d*).

Ma è cosa indifferente di qual lingua, di quali lettere (*e*) e di qual materia siasi il testatore servito (*f*), se i testimoni intendano o no la lingua del testatore, e sappiano o no il contenuto del testamento (*g*); e perciò la sottoscrizione ed il sigillo dei testimoni si può fare anche sull'invol-

(*n*) § 6 *Inst.* 10 *De test. ord.* « *Testes, autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est.* » (§ 159).

(*o*) § 6 *Inst.* II, 10 *De test. ord.* Appartengono a questa classe quelli condannati per adulterio, fr. 14 D. XXII. 5 *De testibus*, o per corruzione, fr. 15 pr. D. eod. — fr. 20 § 5 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.*, o come pasquillanti, fr. 18 § 1 D. eod. e egli apostati c. 3 C. I, 7 *De apost.*

(*p*) fr. 18 pr. D. XXVIII, 1, fra questi sono da annoverarsi in parte anche le persone addotte nelle note antecedenti. Sono eccettuati i figli di famiglia, che, quantunque non possano testare (Vedi questo § in fine), sono però testimoni abili.

(*q*) fr. 20 § 6 D. XXVIII, 1 cit.

(*r*) § 9-11 *Inst.* II, 10 *De test. ord.* — fr. 20 § 3, fr. 22 pr. D. XXVIII, 1 cit. — Intorno la contraddizione esistente fra il § 9 *Inst.* II, 10 e il fr. 20 § 2 D. XXVIII, 1 veggasi Höpfner *Comm.* § 443. Nota 10, *b.*, Vinnius Ad § 9 *Inst.* II, 10 e Glück XXXIV, p. 369. — I legatarii, e i fidecommessarii, sieno questi singolari od universali, sono testimoni abili, § 11 *Inst.* II, 10, fr. 20 pr. D. XXVIII, 1. — Löhr nell' *Arch. della Prat. c.* II, 2, p. 189.

(*s*) § 8-10 *Inst.* II, 10 *De test. ord.*

(*a*) c. 21 pr. c. 28 § 1 C. VI, 23 *De test. et quemad.* — Konopak *Inst.* § 341, nota n. Confr. Löhr nell' *Arch. della Prat. civ.* II, 2, p. 190, 191 e F. E. Gesterding *Frutto delle mie ricerche sopra diverse materie legali.* Greifswalde 1826, XIII, 4.

(*b*) c. 21 pr. C. eod.

(*c*) fr. 30 D. XXVIII, 1 cit. . . . « *proprio chirographo adnotare convenit, quis et* cujus testamentum signaverit. »

(*d*) §§ 3, 5 *Inst.* II, 10 *De test. ord.* — fr. 22 §§ 2, 4 e 5 D. XXVIII, 1 cit. Che tale sottoscrizione debba farsi in presenza del testatore emerge da ciò che si è detto di sopra § 320, I.

(*e*) c. 15 in fine c. 21 § 4 C. VI, 23 cit.

(*f*) § 12 *Inst.* II, 10. — c. 15 in fine C. VI, 23. — fr. 1 pr., fr. 4 D. XXXVII, 11 *De bonor. poss. sec. tab.*

(*g*) fr. 20 § 9 D. XXVIII, 1.

to (*h*). In cifre poi non si può scrivere un testamento (*i*).

Del resto, l'ordinazione di Giustiniano, per cui il nome dell'erede dovea essere scritto dalla mano stessa del testatore, o di uno dei testimoni (*k*), venne abolita dal medesimo imperatore (*l*).

Nei testamenti nuncupativi si richiede soltanto che il testatore dichiari la sua ultima volontà pubblicamente alla presenza dei testimoni, in una lingua che tutti intendano (*m*).

§ 322.
Del senatoconsulto Liboniano (*a*).

Per prevenire ogni inganno che potea facilmente succedere quando un terzo in vece del testatore scriveva la sua ultima volontà, venne stabilito col senatoconsulto Liboniano, che ogni disposizione per la quale colui che scriveva il testamento avesse dovuto conseguire un vantaggio immediato o mediato, p. e. mediante il proprio figlio, fosse irrita e nulla (*b*).

Una nuova legge vi aggiunse inoltre che chi scrive il testamento di un altro, e v'istituisce un legato o qualsiasi altro vantaggio per sè stesso, sia reo di truffa (*c*).

(*h*) fr. 22 § 7 D. XXVIII, 1. — c. 21 pr. C. VI, 23. Non è necessaria nè una *supscriptio* nè una *superscriptio*. Confr. Spangenberg nell' *Arch. della Prat.civ.*, p. 151 e Löhr nel detto *Arch.* VI, 3, p. 328.

(*i*) fr. 6 § 2 D. XXXVII, 1 *De bonor. poss.* « *Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas literas non esse, Pedius libro vigesimo quinto ad Edictum scribit.* »

(*k*) § 4 *Inst.* II, 10. — c. 29 C. VI, 19.

(*l*) Nov. 119, c. 9.

(*m*) § 14 *Inst.* II, 10. — fr. 21 pr. D. XXVIII, 1. — c. 21 § 2, c. 26 C. VI, 23. Non osta il fr. 20 § 9 D. XXVIII, 1, Westphal 1 205.

(*a*) D. XLVIII, 10 *De lege Cornelia de falsis, et de senatuscons. Liboniano.* — C. IX, 23 *De his, qui sibi adscribunt in testamento.*

(*b*) fr. 11 pr., fr. 15 § 1, fr. 22 § 2 D. hujus tit.

(*c*) fr. 1 D. XXXIV, 8 *De his, quae pro non scriptis.* — fr. 11, fr. 15 D. hujus tit. — c. 3, c. 5 C. hujus tit.

Ma in alcuni casi viene condonata la pena, e ritenuta per valida la disposizione, locchè avviene:

1. se quegli che scrive il testamento è l'unico erede legittimo del testatore (*d*);

2. se il testatore confermò appositamente la disposizione, nel che è da considerarsi la differenza, che riguardo ai discendenti basta una conferma generale, ma che riguardo agli altri si richiede una conferma speciale (*e*).

§ 323.
Forma interna ossia contenuto del testamento.

Riguardo al *contenuto dei testamenti,* bisogna distinguere l'essenziale dall'accidentale. Al primo appartengono:

1. l'istituzione di un erede immediato ossia diretto, e

2. la istituzione o la diseredazione degli eredi necessarii, se ve ne sono.

Al secondo appartengono:

1. la istituzione di più eredi;

2. la sostituzione;

3. l'apposizione di una descrizione, di un motivo, di uno scopo o di un tempo, e di una condizione. Noi tratteremo di tutto ciò nell'ordine seguente.

§ 324.
Istituzione di un erede.

Al contenuto essenziale di un testamento appartiene prima di tutto l'*istituzione di un erede* immediato ossia diretto, il quale deve esser nominato o descritto per mezzo di un segno indubitabile (*a*); tuttavia in maniera che la nominazione non è le-

(*d*) c. 1 C. hujus tit.

(*e*) fr. 1 § 8 D. hujus tit. — c. 2 C. IX, 23 cit.

(*a*) fr. 9 § 8 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* Se il testatore nominò suo erede taluno aggiungendovi qualche rimarco ingiurioso, l'istituzione è valida, per es. fr. 48 § 1 D. XXVIII, 5 *De hered.*

gata a formule particolari (*b*), ed è anche indifferente in qual parte del testamento sia la medesima contenuta (*c*), anzi la stessa può anche venir fatta col richiamarsi ad un'altra scheda in cui l'erede sia contrassegnato (*d*); e questa maniera d'istituzione si chiama testamento mistico (*testamentum mysticum, implicitum*): e siccome una tale scheda è da considerarsi come un codicillo confermato nel testamento (§ 406); così dev'essere sottoscritta almeno da cinque testimoni (*e*). Ma se il testatore nel suo testamento nuncupativo o scritto ha soltanto espressa qualche cosa con poca chiarezza, in tal caso una susseguente dichiarazione o spiegazione non ha bisogno di veruna formalità particolare (*f*).

inst. « *Filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto.* » Ma se taluno viene descritto semplicemente con connotati infamanti, allora la disposizione è senza vigore, fr. 9 § 8 D. XXVIII, 5. — fr. 54 pr. D. XXX, *de legat* I.

(*b*) fr. 48 pr. D. XXVIII, 5 cit. - c. 15 C. VI, 23.

(*c*) c. 29 C. VI, 23 *de test. ord.* Anticamente era necessario che l'erede fosse nominato in principio del testamento, Pauli *Recept. sent.* III, 6, § 2.

(*d*) fr. 77 D. XXVIII, 5 cit. - fr. 10 pr. D. XXVIII. 7 *de condit. inst.* — Confr. anche il fram. 36 D. XXVIII, 5 cit.

(*e*) Siccome nei testamenti nuncupativi il nome dell'erede deve venire espresso, fr. 21 pr. D. XXVIII, — c. 21 § 2, c. 26 C. VI, 23 *de test. et quemad.*; così sembra che il riportarsi ad un'altra carta non possa aver luogo che nei testamenti scritti. In relazione alle osservazioni dal professor Kopatsch fatte nel *Giornale* di Wagner 1831, fasc. 10, p. 415, crediamo di potere aggiugnere, essere anche noi benissimo d'avviso che l'erede instituito in un testamento mistico acquisti l'eredità come erede e non come fidecommissario universale — *ereditas ex testamento data videtur*, fram. 77 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — avendo noi già esternato in un altro luogo (§ 338) il parere che non si possa sostenere neppure la sostituzione contenuta in un codicillo, e ciò nemmeno come un fedecommesso. Non abbiamo però potuto nè voluto ascrivere ad una istituzione mistica d'erede gli effetti di una clausola codicillare, e perciò sebbene le nostre opinioni sieno differenti, il risultato è nonostante lo stesso.

(*f*) fr. 21 § 1 D. XXVIII. 1 *Qui test fac. poss.* fr. 25 D. XXXIV, 5 *de reb. dub.*

La istituzione di erede ad arbitrio di un terzo non ha vigore (*g*), come nemmeno quella in cui l'erede è nominato soltanto nel contesto di una condizione (*heres in conditione positus*), p. e. Sempronio sia mio erede, se non lo è Sejo (*h*).

§ 325.

Capacità di succedere dell'erede. (Testamenti factio passiva).

Affinchè l'erede testamentario possa conseguire l'eredità, egli deve esser capace di ereditare.

Oltre alle ragioni generali della incapacità di ereditare (§ 301), vi sono ancora le seguenti persone che in certi casi sono incapaci di ereditare per testamento:

1. Il Principe, se fu istituito a motivo di un processo (*a*).
2. i testimoni del testamento (§ 320);
3. i postumi, che nacquero al testatore da una femmina con cui esso secondo le leggi non potea contrarre matrimonio (*b*),
4. il secondo conjuge, poichè chi contrae un secondo matrimonio non può lasciare allo stesso niente più di quanto acquista il figlio meno favorito del primo letto (§ 137 nota *e*);
5. i figli di concubine, e le loro madri; poichè se il padre ha figli legittimi, non può loro lasciare che un'oncia, ed alla concubina mezza oncia (*c*): se poi non esistono figli legittimi, ma soltanto ascendenti, in tal caso basta

(*g*) fr. 32 pr. D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*h*) Alcuni Giureconsulti ritengono valida anche una tale instituzione, p. e. Mühlenbruch III, § 482; veggasi il fr. 19 D. XXVIII, 5 cit. — fr. 16 in fine D. XXVIII, 6 *de vulg. et pub. subst.* Lo stesso vale pei legati, fr. 19 § 1, fr. 24 § 1 D. XXXVI, 2 *Quando dies leg.*

(*a*) § 8 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.* - fr. 91 D. XXVIII, 5 *de hered. instit.*

(*b*) § 28 *Inst.* II, 20 *de legat.* — fr. 9 § 1, 3 D. XXVIII, 2 *de lib. et post.*

(*c*) Nov. 89 c. 12 § 2.

che si lasci a questi soltanto la legittima; e finalmente se mancano anche gli ascendenti, possono i figli di concubine venir istituiti eredi relativamente a tutta la facoltà (*d*).

Tutte le altre persone, non solo fisiche, ma benanche le morali, possono diventar eredi, e perciò anche i collegi, purchè sieno permessi (*e*), ed i poveri (*f*), finalmente gli schiavi, tanto i proprii che gli altrui, cosicchè i proprii diventano liberi tanto se ciò venne detto espressamente, come se non venne detto, e gli schiavi altrui acquistano la eredità pei loro padroni (*g*).

§ 326.
Della legittima, e dei successori necessarj (*a*).

Al contenuto essenziale del testamento appartiene inoltre che il testatore lasci a certe persone la porzione ereditaria dalla legge ad esse fissata, oppure le diseredi giustamente e legittimamente: tali persone, che si chiamano successori necessarii (*successores necessarii*) (*b*), sono i discendenti, e in loro mancanza gli ascendenti, poichè questi soli devono necessariamente venire istituiti o diseredati, cosicchè il testamento in cui fu ommessa o l'una o l'altra di queste cose, può venir impugnato come inofficioso e nullo (*c*).

In senso lato si annoverano fra gli eredi necessarii anche i fratelli e sorelle bilaterali, e quelli che hanno un padre comune (*d*); poichè questi, se fu istituita una persona disonorata (*e*), possono impugnare il testamento coll'azione d'inofficiosità. Siccome poi i fratelli e le sorelle non acquistano una porzione certa e fissata in modo preciso, ma per mezzo della querela *inofficiosi testamenti* possono acquistare ora tutta la eredità, ed ora anche soltanto una piccola parte della medesima (§ 387), secondo che fu istituita soltanto una persona disonorata, ovvero anche una persona onorata; così è chiaro che i fratelli e le sorelle non possono venir annoverati fra quelle persone alle quali compete necessariamente una porzione legittima, cioè una porzione della eredità fissata in modo preciso (*f*).

(*d*) Nov. 89 c. 12 § 3.

(*e*) c. 12 C. VI, 24 *De hered. inst.*

(*f*) c. 24 C. I, 2 *de Episc. et. cler.*

(*g*) pr. § 1-3 *Inst.* II, 14 *de hered. inst.*-fr. 3 pr. § 1, fr. 31 pr. D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*a*) Ch. Fr. Glück *Diss. de constituenda legit. port. parent. quantitate* (*in opusc. jur.* fasc. III, Erlangae 1785-1790). — C. G. Hubold *Diss. de diff. inter test. nullum et inoff.*, Lips. 1784 — G. I. Stein *Saggio di un trattato teoretico e pratico intorno la dottrina dei testamenti lesivi la porzione legittima secondo il Dir. romano*, Erlangen 1798 — J. O. Westenberg *Diss. de portione legittima liber. parent. et fratr. relinquend.*, Amstelod., 1799 in opp. T. I, n. 2 — E Schrader *de nexu successionis ab intest. et querelae inoff. test.*, Gottinga 1802, A. Heize *Diss. de success. necess.*, Gottinga 1802. A. Schweppe *Diss. de quereli inoff. testamenti successori necessario in genere, tali, in singulo quovis casu concedenda, nec ne*, Gottinga 1803 — C. Planck *Diss. de nexu et habitu inter divers. successionis necessariae species, et different, ac convenientiis inter eas intercedent. ex jure noviss.*, Gottinga 1806 — G. Müller *Dottrina della legittima*, Sulzbach 1806. - A. Cralle *Comment. historico-juridica de portione legit. secundum jus. rom.*, Bonnae 1820. - W. Francke *Del diritto degli eredi necessari ed aventi diritto alla legittima*, Gottinga 1831, e la critica di quest'opera negli *Annali* di Schunck XIX. 3.

(*b*) Molti li chiamano *eredi necessarii*, ma siccome per questi nei fonti s'intendono tutt'altre persone (§ 359) cosi per ovviare ad equivoci, abbiamo preferita l'espressione di *successori necessarii*. Kaufmann § 161.

(*c*) Nov. 115, cap. 3 pr. e c. 4 pr.

(*d*) Non però quelli che hanno comune soltanto la madre, c. 27 C. III, 28, come neppure i figli di fratelli e sorelle di qualsiasi specie, fr. 1 D. V, 2 de inoff. test.

(*e*) Vale a dire una persona macchiata d'infamia, o di una lieve nota: se fu dunque instituita una persona onorata, i fratelli e le sorelle non hanno nulla da opporre, § 1 *Inst.* II, 18 *de inoff. test.*

(*f*) Confr. particolarmente Marezoll nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* I, 2 p. 185 e seg. L'opinione comune viene sostenuta da Muhlenbruch nella continuazione del *Comm.* di Glück XXXV, pag.

In senso latissimo viene poi annoverata fra gli eredi necessarii anche la moglie che non abbia beni, mentre essa può sempre domandare una certa parte della sostanza di suo marito che avesse avuto mezzi di fortuna, tanto s'egli è morto con testamento quanto se ab intestato (§ 312): ma siccome essa non può mai impugnare il testamento colla querela d'inofficiosità, ma soltanto domandare la porzion che le compete mediante la *condictio ex* nov. 117, cap. 5, ad onta di cui il testamento resta sempre in vigore (*g*); così essa viene più rettamente esclusa dal numero degli eredi necessarii (*h*).

Quanto all'ordine in cui gli eredi necessarii possono domandare la porzione legittima, vengono primi i discendenti, e fra questi quelli che, se il testatore fosse morto senza testamento, gli sarebbero succeduti pienamente (*i*) (§ 307). È soltanto da notare che i figli arrogati e pienamente adottati, durante il nesso dell'adozione non possono pretendere dal loro padre naturale la porzione legittima, come non la possono domandare dal padre adottivo (*k*) quelli adottati *minus plene*.

Se non esistono discendenti, spetta agli ascendenti la porzione legittima, e prima a quelli che ab intestato sarieno succeduti al defunto pienamente (*l*) (§ 308).

§ 327.
Determinazione più precisa, della porzione legittima.

Sotto il nome di *porzione legittima*, secondo l'antico Diritto (*a*), ad esempio della quarta falcidia (*b*), si doveva lasciare ai discendenti ed ascendenti la quarta parte della loro porzione intestata; tuttavia pei discendenti fu la stessa da Giustiniano aumentata, cosicchè questi acquistano ora un terzo, ora la metà della loro porzione intestata (*c*); un terzo, se vi sono quattro o meno di quattro figli; la metà, se sono più di quattro (*d*).

Da ciò si vede che prima bisogna sempre determinare ciò che ognuno dovrebbe acquistare ab intestato; e che perciò vi devono venir annoverati tutti

89, 139, e da Francke nella sua opera *Sul diritto degli eredi necessari*, p. 198. Il revisore di detta opera di Francke negli *Annali* di Schunk XIX, 3 p. 244, difende invece l'opinione nata di recente.

(*g*) Nov. 53, c. 6 pr. — Nov. 117, c. 5.

(*h*) Kaufmann § 161.

(*i*) §§ 1, 5 *Inst.* II, 13 *de exered. lib.* - § 2 *Inst.* II, 18 *de inoff. test.* — fr. 6 § 1, fr. 29 § 1 D. V, 2 *de inoff. test.* fr. 9 § 2 D. XXVIII, 2 *de liber. et post. hered.* — Nov. 115, c. 3.

(*k*) § 4 *Inst.* II 13 *de hexered. lib.* combinato colla c. 10 § 1 C. VIII, 48 *de adopt.* Nemmeno l'impubere arrogato non si può annoverare veramente fra i successori necessarii, poichè se egli non è beneficato, non può tuttavia impugnare il testamento, ma ha soltanto il diritto di esigere colla *conditio ex const. Divi Pii* la quarta parte dell'eredità, fr. 8 § 15 D. V, 2 *de inoff. test.* - fr. 2 § 1 D. X, 2 *Famill. erscisc.*

(*l*) Intorno l'erronea opinione di Krondals nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 3, p. 384, secondo la quale il padre adottivo non potrebbe mai impugnare il testamento di suo figlio per la lesione della legittima, confrontisi il *Giornale critico* di Tobinga I, p. 11.

(*a*) § ult. *Inst.* II, 18 *de inoff. test.* fr, 8 § 6, 8 D. V, 2 *de inoff. test.*

(*b*) La legittima si chiama per questo talvolta anche *parte falcidia*, fr. 8 § 9 D. eod. - c. 3 §§ 3 5 C. IX, 8 *Ad D. Jul. majest.*

(*c*) Non già dell'intiera eredità, come credono alcuni, p. e. L. B. Madihn nelle sue *Miscellanee* p. 145 e Glogowiec nel suo *Trattato della legittima secondo il Diritto rom. e le variazioni del Diritto provinciale austriaco*. Vienna 1797, pag. 40-59, poichè Giustiniano nella Novella 18 c. 1, non accrebbe che la quantità della legittima, senza punto cambiare il metodo fino allora usitato di computarla in relazione alla porzione intestata, e d'altronde egli stesso nella Nov. 22, cap. 48 chiama la legittima « *partem ab intestato relinquendam* » Glück VII, p. 32-52. Confronta anche i passi citati nelle due note antecedenti e la Nov. 18 praef., c. 2 e Nov. 39 c. 1.

(*d*) Novella 18, c. 1. Gli ascendenti ricevono adunque sempre, anche secondo il Diritto nuovissimo, solo la quarta parte per legittima. I seguenti sono i motivi che c'inducono a sostenere che la legittima venne accresciuta soltanto a benefizio dei discendenti. La Nov. 18 che trattò di un tale accrescimento, parla solo di figli. È vero

gli eredi intestati (*e*). Soltanto riguardo all'arrogato impubere vi è l'eccezione (§ 326 nota *k*) ch'egli non può mai acquistare più che la porzione dalla legge determinata.

Del resto, il calcolo della porzione legittima si fa nel modo seguente. Si ha riguardo alla sostanza esistente al tempo della morte del testatore (*f*), cosicchè l'accrescimento posteriore non viene considerato (*g*); poi vengono diffalcati i debiti e le spese del funerale (*h*), e nella porzione legittima vien conferito tutto ciò che l'erede necessario acquistò in forza del testamento del defunto, ad eccezione di quello ch'esso guadagna in virtù del diritto di sostituzione (§ 338) o di accrescimento (§ 402, 404): viene inoltre conferita la dote o la donazione in causa di nozze, ed anzi anche le donazioni semplici, ma le ultime soltanto nel caso che siansi fatte sotto condizione di conferimento; finalmente anche la milizia comprata dal testatore per l'erede necessario, e ciò che dalla stessa venne lucrato (*i*).

§ 328.

Come debba venir lasciata la porzione legittima.

Secondo il Diritto rom. novissimo, i discendenti ed ascendenti devono necessariamente venir instituiti come eredi, ovvero esclusi (*a*); non è poi di alcun pregiudizio se anche essi come eredi acquistano soltanto una porzione assai piccola, purchè il resto venga loro lasciato mediante un legato o fedecommesso (*b*).

Inoltre la porzione legittima deve lasciarsi libera da ogni peso; e se mai all'erede necessario ne venisse addossato alcuno, si considera come se non vi fosse stato apposto. Egli è poi indifferente in che cosa il peso consista, se in una condizione, nella sospensione di un pagamento, o nella dispensa dall'inventario (*c*).

La disposizione sussiste soltanto nel caso che il testatore abbia lasciato all'erede necessario, oltre la legittima, un altro vantaggio colla condizione di assumere un peso: se poi l'erede vuol rifiutar quel vantaggio, egli non è neppur obbligato di sottostare all'addossatogli incarico (*d*).

che si volle estendere questa Novella anche agli ascendenti, e ciò a cagione delle parole che vi si leggono, c. 1 in fine « *hoc observando* in omnibus *personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* » Ma Giuliano, scrittore contemporaneo di Giustiniano, nella sua *Epitome Novellarum* esprime questo passo così: « *Hoc autem, quod de filiis et filiabus diximus, teneat etiam in omnibus descendentibus personis, quibus scilicet de inofficioso agere permissum est.* » A ciò si aggiunge l'autorità della Nov. 39 c. 1 e della Nov. 66, c. 1 § 2 e 3. In quest'ultima Novella viene fissata l'epoca in cui la Nov. 18 deve aver forza di legge, ed in essa Giustiniano si estende di nuovo a parlare semplicemente *de mensura institutionis filiorum*, e di ciò che ai figli deve essere lasciato. Altre prove trovansi nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* I, 2 Nov. 11 e V, 2, n. 12. *Colla Nov. 18 venne da Giustiniano accresciuta soltanto la legittima dei discendenti, oppure anche quella degli ascendenti e dei fratelli e sorelle? Dissertazione* di Morezoll.

(*e*) Gluck *Comm.* VII, p. 29 e XXXV, p. 258 e seg.

(*f*) c. 6 C. III, 28 *De inoff. test.*

(*g*) Per analogia della Quarta Falcidia.

(*h*) fr. 8 § 9 D. V, 2 *De inoff. test.*

(*i*) fr. 7 § 6, fr. 25 pr. D. V, 2 *De inoff. test.* — c. 29 c. 30 § 2, c. 35 § 2, 3, e 36 pr. C. III, 28 eod. — c. 20 pr. in mez. C. VI, 20 *De collat.*

(*a*) Nov. 115, c. 3. 4.

(*b*) § 6 *Inst.* II, 18 *De inoff. test.* — fr. 8 § 6 D. V, 2 eod. — Nov. 18, c. 1 Confr. Gluck *Comm.* VII, p. 112.

(*c*) c. 22, c. 36 § 1 C. III, 28 *De inoff. test.* — Nov. 18, c. 3.

(*d*) c. 35 § 2 C. III, 28 cit. — fr. 44 pr. D. XXXVIII, 2 *De bonis libert.* Tale disposizione di un testatore si chiama *cautela sociniana* ad onore di Socino, giureconsulto del secolo 16.mo, il quale, sebbene falsamente, è risguardato come l'inventore della medesima Glüch VII, p. 86-92. Confr. anche Koch *Sulla cautela Sociniana* Giessen 1786.

§ 329.

Della diseredazione e preterizione (*a*).

I successori necessarii possono venir esclusi o mediante *diseredazione*, o mediante *preterizione*. La diseredazione (*exheredatio*) è la dichiarazione debitamente fatta dal testatore ed espressamente contenuta nel testamento (*b*), che esso non vuole che sia erede colui, al quale compete la porzione legittima.

La diseredazione è fatta debitamente (*rite*):

1. se l'erede necessario è escluso assolutamente (*c*), tranne se egli fosse stato istituito pel caso contrario ad una condizione appostavi, ciò che è certo permesso (*d*);

2. se la diseredazione si riferisce a tutta la facoltà lasciata (*e*), e finalmente

3. si estende a tutti gli eredi, e a tutti i gradi di sostituzione (*f*), cosicchè nel caso che sieno chiamati più eredi o sostituiti, la diseredazione o deve essere ripetuta dopo ogni singola proposizione, o deve venir espressa immediatamente prima della istituzione dell'erede (*g*), o nel mezzo della stessa (*h*) ovvero delle sostituzioni (*i*). Se vi sono chiamati dei sostituti, e segue la diseredazione soltanto in fine, in tal caso il testatore deve espressamente dichiarare, voler egli ch'ella si estenda a tutti i gradi (*k*).

Una diseredazione che non si riferisca a tutti gli eredi è nulla (*l*); se poi venne escluso soltanto da uno o l'altro grado un figlio già nato, in tal caso è nullo soltanto quel grado, da cui il figlio non fu escluso (*m*). Lo stesso vale se un postumo fu diseredato soltanto in primo grado (*n*). —

(*a*) *Inst.* II, 13 *De exhered. liber.* — D. XXVIII, 2 *De lib. et posth. hered. inst. vel exhered.* — C. VI, 18 *De lib. praeter. vel exhered.* — C. VI, 28 *De lib. praeter. vel exhered.* e VI, 29 *De post. hered inst. vel exhered.* — G C. Hofacker *Diss. syst. histor. jur. civ. de exhered et praeter. ad interpr.* Nov. 115 e c. 4 C. *De lib. praet.*, Tubingae 1782. - Boock *Esposizione sistematica della dottrina della diseredazione secondo il Dir. rom. Giustin.*, Schleswig 1798.

(*b*) § 2 *Inst.* II 25 *De codicill.*

(*c*) fr. 3 § 1, fr. 13 § 2, fr. 29 § 10 D. XXVIII, 2 hujus tit. — fr. 18 pr. D. XXXVII. 4 *De bonor. poss. cap. tab.*

(*d*) fr. 86 pr. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — Confr. Glück *Comm.* VII, p. 271. Si ritiene come diseredato debitamente anche quello che venne istituito sotto una condizione potestativa, e che trascura di adempierla, fr. 4 pr., fr. §§ pr. D. XXVIII, 5 cit. Vedi Wening III, 5 § 141. — Muhlenbruch nel *Comm.* di Gluck XXXVI, p. 365, ma rispetto all'opinione riportata nel contesto di questo § esso ha cangiato di parere, pag. 416.

(*e*) fr. 19 D XXVIII. 2 hujus tit.

(*f*) fr. 3 § 2, D. hujus tit. Gluck cit. p. 277-286. S'intende già da sè che sia necessaria la contemporanea istituzione di un secondo erede, fr. 3 § 2 D. XXVIII. 2 hujus tit.

(*g*) fr. 3 § 3 D. XXVIII, 2 hujus tit. « *Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus sumptus est.* »

(*h*) fr. 3 § 2 D. XXVIII, 2 hujus tit. p. e. Sia Tizio mio erede, sia diseredato mio figlio Cajo, sia mio erede anche Sejo.

(*i*) fr. 3 § 4 D. eod. p. e. Tizio sia mio erede e sia diseredato mio figlio Cajo; qualora non succeda Tizio, voglio che mi succeda Sempronio. — Anche allora quando il testatore avesse confuse insieme le sostituzioni e le istituzioni, si considera legalmente valida la diseredazione fatta per entro alle medesime, fr. 3 § 5 D. eod.

(*k*) c. 1 C. VI, 28 cit. Confr. la spiegazione di questo passo di legge contenuta nei *Trat. Teor. e Prat. di Dir. rom.* di E. G. M. Valett, Gottinga 1824, p. 172-176. Questa regola devesi estendere per analogia anche al caso che fossero stati nominati varii eredi in diverse proposizioni e che la diseredazione fosse stata espressa in fine.

(*l*) fr. § 3 D. XXXVII, 4 *De bon. poss. contra tab.*

(*m*) fr. 3 § fr. 8 D. XXVII, 2 hujus tit. un esempio ce ne dà il fr. 43 § 2 D. XXVIII, 6 *De vulg. et. pup. subst.* « *Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem, heredem scripsit, et ei substituit filios. Quaesitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent, exheredati? Respondi: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo, quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes exstitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit.* »

(*n*) fr. 14 pr. D. XXXVIII, 2 hujus tit.

Se si fece la diseredazione nel secondo grado, e la preterizione nel primo, in tal caso tutto dipende dalla circostanza del quando il postumo nasca: poichè se al suo nascere la successione colpisce ancora il primo grado, allora la stessa rende nullo immediatamente tanto il primo che il secondo grado (*rumpitur*) (*o*); ma se egli nasce quando il primo grado ha già cessato, allora vale la sostituzione, mentre il postumo in questa era debitamente diseredato (*p*).

Avuto riguardo alla intenzione del testatore, la diseredazione si fa o con mala intenzione (*exheredatio mala mente*) per castigare l'erede necessario, o con buona intenzione (*bona mente*), per di lui vantaggio (*q*).

La preterizione (*praeteritio*) è una tal disposizione testamentaria, per cui il successore necessario non fu nè legalmente istituito, nè debitamente diseredato (*r*). Ella dunque si fa non solo mediante silenzio, ma colla menzione benanche del successore necessario, se egli non viene debitamente diseredato, p. e. non da tutti gli eredi, sotto una condizione (*s*) ec.; o se egli non è legalmente istituito, p. e. se ai discendenti ed ascendenti viene lasciata la porzione legittima sotto un titolo singolare, senza nessuna istituzione di erede. Nell'ultimo caso si può chiamarla una preterizione del Diritto nuovo (§ 328 in principio), e nei due primi casi una preterizione del Diritto antico (*t*).

Finalmente volle Giustiniano che i discendenti ed ascendenti, tanto nella diseredazione, quanto nella preterizione *mala mente* fatta, potessero venir esclusi (*u*), soltanto per una cagione giusta e legalmente determinata (*v*), la quale non si possa estendere per analogia (*x*). Si può dunque escludere dalla porzione legittima tanto colla diseredazione, quanto colla preterizione purchè trattandosi di discendenti ed ascendenti, venga addotto il motivo legale della esclusione (§ seg.), ed in caso di negativa venga provato dall'erede istituito (*y*).

Ma se il padre e gli ascendenti maschili di lato paterno, vogliono escludere i loro figli, tanto se sono ancora sotto la loro potestà, quanto se sono emancipati, ovvero postumi, in tal caso devono non solo addurre nel testamento un motivo legale (*exheredatio juste facta*), ma osservare eziandio esattamente la forma della diseredazione prescritta dal Diritto antico, cioè essi devono escludere i loro di-

(*o*) p. e. Cajo sarà mio erede se prende mia sorella in isposa; s'egli non diventerà mio erede, dovrà esserlo Sempronio, e resterà diseredato mio figlio postumo. Se ora avvenga che nasca il postumo mentre pende ancora la sopradetta condizione, esso infirma (*rumpit*) il primo grado, poichè egli stesso eredita *ab intestato*, e quindi resta necessariamente invalidata anco la sostituzione.

(*p*) Se però nell'esempio suindicato fosse morto Cajo prima che sia nato il postumo, allora avrà luogo la sostituzione, la quale diventa operativa in forza della diseredazione congiunta al primo grado. Confronta il fr. 5 D. XXVIII, 3 *De injust., rupt., irrit.* e Günther § 746. Più esattamente svolse questo argomento Valett. p. 176-182.

(*q*) fr. 18 D. XXVIII, 2 hujus tit.

(*r*) § 12 *Inst.* III, 1 *De hered quae ab intest. def.*

(*s*) fr. 68 in fine. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.*

(*t*) fr. 15 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.* — fr. 16 § in fine D. XXVIII, 6 *De vulg. et pup. subst.* Confr. Kaufman § 163 in fine.

(*u*) Nov. 115, c. 3 c. 4.

(*v*) Nov. 115, c. 3 pr. « *ut praeter eas nemini liceat — eas* nominatim *praesenti lege comprehendimus.* »

(*x*) Non v'ha alcuna contraddizione nel sostenere che senza nominare l'erede si possa additarne la causa di diseredazione; così può p. e. la madre che abbia tre figli istituirne uno soltanto, aggiungendo che il motivo si è perch' egli sol non si è fatto istrione.

(*y*) Nov. 115. c, 3 circa il fine là dove è detto: « *et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint* ».

scendenti assolutamente da tutta l'eredità, da tutti i gradi ed eredi, ed oltrecciò o nominarli, o farli conoscere mediante qualche altro indubitabile contrassegno (*exheredatio rite facta*) (*z*).

Tutti gli altri testatori cioè la madre e gli ascendenti materni, gli ascendenti femminili di lato paterno, e i discendenti possono diseredare e preterire i lor successori eredi necessarii, purchè osservino la Novella 115 (*aa*).

Finalmente per ciò che risguarda i fratelli e sorelle, il Diritto antico non venne per essi minimamente cambiato (confr. il § seg. nota *f*).

§ 330.

Motivi legali della diseredazione per castigo del successore necessario (*a*).

I motivi legali per cui:

I. i discendenti possono venir diseredati, sono quattordici, fra i quali sei si riferiscono soltanto ai figli; uno soltanto alla figlia e gli altri ad ambedue insieme. Questi motivi furono da Giustiniano addotti nel seguente ordine:

1. se ai genitori furono praticate ingiurie di fatto; ovvero
2. ingiurie verbali gravi ed indecenti;
3. se il figlio gli accusò in cose criminali che non si riferiscono nè al principe nè allo stato (*b*), ovvero
4. se ebbe pratica, facendo egli pure un tale mestiere, con venefici e stregoni (*c*);
5. se i figli tesero insidie alla vita dei genitori;
6. se il figlio ebbe carnale commercio colla sua matrigna, o colla concubina del padre;
7. se il figlio si fece delatore de' suoi genitori, e cagionò loro così grave danno (*d*).
8. se il figlio venne pregato da'suoi genitori di liberarli dal carcere prestando fidejussione per essi, ed egli nol fece;
9. se i figli impedirono i loro genitori di fare testamento, o di mutare il già fatto;
10. se il figlio contro la volontà dei genitori entrò nella compagnia di lottatori od istrioni, e vi restò, tranne se i genitori vi appartenevano essi medesimi (*e*);
11. se la figlia conduce una vita immorale ad onta che il padre cercasse di maritarla mediante offerta di una dote. Ma se ella giunse all'età di venticinque anni, e i genitori protrassero il suo matrimonio, e ne conseguì che essa fece abuso del proprio corpo, o senza il consenso dei genitori contrasse matrimonio con un uomo libero, non per questo può ella venir diseredata;
12. se i figli trascurarono i loro genitori dementi (confr. anche § 313); ovvero

(*z*) fr. 1, 2, fr. 25 pr. D. XXVII, 2 *De liber. et post.*- fr. 34 pr. D. XXXVI, 1 *De cond. et demonstr.* — c. 4 C. VI, 28 *De lib. praet. vel exhered.* — *Inst.* II, 13 *De exhered. lib.*

(*aa*) § 7 *Inst.* II, 13 cit. — c. 15 C. III, 82 *De inoff. test.* Confr. la nota *y* di questo paragrafo.

(*a*) Tuhlenbruch nel *Comm.* di Glück XXXVII, p. 140-187. Vennero compendiate tali cause di diseredazione ne' seguenti versi:

Bis septem ex causis exheres filius esto:
Si patrem feriat, vel maledicat ei,
Carcerem detrusum si negligat aut furiosum
Criminis accuset, vel paret insidias;
Si dederit damnum grave, si nec ab hoste redemit
Testarique vetet, se societque malis;
Si mimos sequitur, vitietque cubile paternum;
Si non orthodoxus, filia si meretrix.

(*b*) Questa causa si riferisce soltanto ai figli maschi, Glück VII, p. 229. Confr. fr. 1, fr. 2 pr. D. XLVIII, 2 *de accus.* È di opinione diversa Buchholtz ne' suoi *Saggi* p. 130. Confronta anche Mühlenbruch nel luogo sopracitato p. 143.

(*c*) C. IX, 18 Buchholtz estende questo motivo di diseredazione anco alle figlie.

(*d*) Anche questo motivo sembra riferirsi soltanto ai figli maschi, Mühlenbruch III, p. 498 n. 6. Che verosimilmente la denunzia dovesse esser falsa, lo insegna Marezoll nel *Magaz.* IV, p. 392.

(*e*) Comunemente viene esteso questo motivo anche alle figlie, ma la legge parla soltanto de' figli. Confronta Glück VII, p. 227.

13. se, essendo essi già all'età di diciotto anni, non liberarono i medesimi dalla prigionia; ovvero se essi
14. abjurarono la fede.

Per la diseredazione.

II. degli ascendenti, sono addotti otto motivi, di cui cinque sono perfettamente conformi con quelli superiormente riportati sotto i numeri 5, 9, 12, 13, 14.

Inoltre appartengono a questi:

6. se i genitori diedero in mano alla giustizia i loro figli condannati alla pena di morte, ad eccezione del delitto di lesa maestà;

7. se il padre ebbe a che fare colla moglie o colla concubina di suo figlio;

8. se il padre tese insidie alla vita della madre, o questa alla vita del padre.

I fratelli e le sorelle, quando non sia istituita una persona disonorata possono venir diseredati e preteriti senza allegarne il motivo (*f*). Se il successore necessario entra in un convento, il motivo della diseredazione gli viene rimesso (*g*). Anche la moglie povera sembra non potersi privare della porzione ereditaria dalla legge destinatale a motivo di un'azione turpe, tranne se il marito l'ha ripudiata per qualche causa legale (*h*) (§ 135).

È poi ancora oggetto di questione fra i giureconsulti se il diritto di diseredare cessi per la riconciliazione posteriormente seguita (*i*). Ciò che a noi sembra più verisimile si è, che il testatore dopo seguita la riconciliazione non possa diseredare il suo successore necessario per un motivo ch'egli ha condonato, ma che resti valida la diseredazione già fatta prima della seguita riconciliazione; poichè se il testatore avesse voluto non solo perdonare la ingratitudine, ma revocare eziandio la già fatta diseredazione, in tal caso egli avrebbe probabilmente fatto, ed anzi dovuto fare un nuovo testamento; poichè in nessun luogo è disposto dalla legge, che in virtù di una riconciliazione sia nullo il testamento anteriore (*k*).

§ 331.

Della diseredazione fatta con buona intenzione.

Circa la *diseredazione fatta con buona intenzione* (*a*) si trovano nei nostri fonti due casi:

(*f*) Alcuni giuristi credono che nella Nov. 22 c. 47 si contengano tre motivi di diseredazione, ma in questa Novella c. 46 § 2-4. e c. 47 pr. non si contiene se non quanto segue: se la moglie ormai passata a seconde nozze o che vi passa in seguito, sia chiamata a succedere *ab intestato* ad un figlio del primo letto in concorso dei fratelli del medesimo, essa consegue soltanto l'usufrutto della di lei porzione, in quanto la sostanza del defunto derivi dal padre, restandone la proprietà ne' figli coeredi (§ 307) Affinchè però i coeredi fratelli del defunto possano, morta la madre, compartecipare al suddetto vantaggio derivante dalle seconde nozze, conviene ch' essi non siano stati in appresso diseredati per giusto motivo dalla madre. Oltre le cause comuni di diseredazione, rispetto al lucro sunnominato un giusto motivo per la madre di diseredare i figli esiste eziandio allora che i medesimi avessero fatta una denunzia criminale a carico del fratello o della sorella defunti, dai quali il lucro, di cui si tratta, proviene, ovvero avessero attentato alla loro vita o sostanze; nei quali casi Giustiniano ordina che la porzione di cui vengono privati debba ricadere a vantaggio della madre e degli altri fratelli che non si macchiarono d'ingratitudine, Marezoll nel *Giorn. di Dir. civ.* IV, 3, pag. 415. Ma nemmeno secondo il Diritto antico, non poteva il testatore diseredare o preterire a suo arbitrio i successori necessarii, se questi venivano diseredati senza che ne fosse stato addotto il motivo; oppure venendo tacciati soltanto in generale d' ingratitudine, se volevano impugnare il testamento, dovevano provare di essersi bene comportati verso il testatore; che se questo avesse addotto uno speciale motivo della lor diseredazione, allora l'erede aveva il carico di provare la sussistenza del medesimo, c. 22, c. 28, C. III, 28 *De inoff. test.*

(*g*) Nov. 123, c. 41.

(*h*) Nov. 117 cap. 5 in fine.

(*i*) Glück VII, p. 217.

(*k*) È di altro avviso Marezoll nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* VI, 1 p. 70.

(*a*) fr. 18 D. XXVIII, 2 *de liber. et post.* — fr

1. se al figlio demente o prodigo vengono legati gli alimenti e s'istituiscono eredi i di lui figli (*b*).

2. se il figlio impubere vien diseredato, ed all'erede istituito addossato l'obbligo di mantenere l'impubere, e di restituire allo stesso, giunto che sia alla pubertà, la eredità come fu fedecommesso (*c*). Ma siccome dalle parole delle citate ordinazioni apparisce che questi casi sono riportati non esclusivamente, ma soltanto in via di esempio; così si può stabilire la seguente regola generale. Si può fare una diseredazione *bona mente* ogni qual volta sia da temere che l'eredità, lasciata all'erede necessario, sia esposta ad un pericolo per le azioni proprie di lui o per le altrui (*d*). E perciò si possono senza dubbio diseredare con buona intenzione non solo i figli, ma eziandio i genitori (*e*). Ma si richiede che il motivo della diseredazione sia espresso dal testatore, e provato dall'erede istituito (*f*).

12 § 2 D. XXXVIII, 2 *de bonis libert.* Molti scrittori e specialmente Unterholzner nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 1, pag. 52 e 53 opinano che questo modo di diseredazione sia stato tolto mediante la Novella 115, c. 3. Ma dall'intiero contesto di questa Novella si scorge ch'essa non contempla che la diseredazione di persone immorali. Muhlenbruch III, § 499. Confr. anche Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* VIII, 1, p. 153. Muhlenbruch nei *Comm.* di Glück XXXVII, p.391, opponendosi a Francke nel suo *Diritto degli eredi necessarii* § 34 si fa a sostenere diffusamente questa diseredazione.

(*b*) fr. 16 § 2 D. XXVII, 10 *de curat. furios.* — fr. 12 § D. XXXVIII, 2 *de bonis libert.*

(*c*) fr. 12 § 2 D. XXXVIII, 2 cit. — fram. 18 D. XXVIII, 2 *de liber. et posth.*

(*d*) fr. 3 § 3 D. XXII, 1 *de usur.* - Glück *Comm.* VII, p. 257.

(*e*) È disputabile se ciò possa aver luogo anco riguardo ai fratelli. Glück VII, p. 261.

(*f*) Glück VII, p. 264-266.

§ 332.

Specie dei testamenti invalidi.

Un testamento è *invalido* o fin da principio, come il *nullum* ed *injustum*, o diventa invalido in seguito per qualche ragione, come il *ruptum, irritum, destitutum*, ed *inofficiosum;* e nel caso di questa specie di testamento può venir impugnato o secondo il Diritto civile colla querela *inofficiosi testamenti*, o secondo il Diritto pretorio, mediante la *bonorum possessio contra tabulas* (*a*).

§ 333.

Il testamento nullo ed ingiusto.

Il testamento è *nullo* fin dalla sua origine:

I. se il testatore non era capace di testare (§ 317);

II. se l'erede istituito senza costituzione (§ 338), al tempo che venne fatto il testamento, o non era più in vita (§ 301 nota *g, h*), od era incapace di succedere (§ 325);

III. Per un difetto della dichiarazione dell'ultima volontà, se qualcheduno venne indotto alla erezione del testamento da errore, dolo, timore o violenza (§ 317 nota *g*); se la istituzione venne affidata all'arbitrio di un terzo, o l'erede fu nominato in una condizione (§ 324 nota *g, h*); se la disposizione di ultima volontà non può venir intesa (*a*); o se fu istituito erede qualcheduno colla intenzione di acquistare una eredità estranea (§ 348 III);

(*a*) Presso i Romani adoperavansi non di rado queste due espressioni promiscuamente. Confr. § 5 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.* — fr. 1 fr. 4 § 5 D. XXVIII, 3 *de injusto rupto, irrito, fact. test.* — fr. 15 § 1 D. XXIX, 1 *de test. milit.*

(*a*) fr. 62 § 1 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — fr. 2 D. XXXIV, 8 *de his, quae pro non script. hab.* - fr. 73 § 3 D. L, 17 *de reg. jur.* Veggasi il § 324.

IV. Per una difettosa istituzione di erede, se il padre, o gli ascendenti maschili di lato paterno non hanno debitamente diseredato i loro discendenti che già esistevano al momento della erezione del testamento (confr. il seg. §), ed hanno un diritto alla porzione legittima, o gli hanno preteriti nel senso del Diritto antico (§ 329 nota *r*, *s* e § 384).

Il testamento si chiama *ingiusto* se manca una o l'altra delle formalità esterne, p. e. la unità dell'azione (§ 320, 321). Un testamento già nullo da principio non diventa valido quantunque in seguito cessi la causa della nullità, e ciò in virtù della regola Catoniana; *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (*b*). Ma una istituzione di erede, la quale sia nulla perchè non si può intendere, acquista validità mediante una posteriore dichiarazione (§ 324 nota *f*); vale del pari la instituzione di una persona incapace sotto la condizione di futura capacità, purchè la condizione si verifichi prima della delazione dell'eredità (§ 301 nota *s*). Inoltre la istituzione di erede vien sostenuta in vigore, secondo il Diritto pretorio, mediante la *bonorum poss. secundum tabulas*, se il discendente diseredato si astiene dall'eredità paterna (*c*) (§ 362).

Del resto, nel testamento *nullo* ed *ingiusto*, è senza vigore non solo la istituzione di erede, ma sono invalide eziandio tutte le altre disposizioni (*d*) (confr. tuttavia il § 407).

§ 334.

Del testamentum ruptum.

Il testamento vien rotto (*ruptum*):

1. per la nascita naturale o civile di un postumo, e

2. per una mutazione di volontà del testatore.

Per postumo s'intende qui un tal discendente, il quale soltanto dopo la erezione del testamento acquistò il diritto alla porzione legittima (*a*).

A questi appartengono i figli nati, legittimati, arrogati (*b*), o pienamente adottati dopo fatto il testamento; inoltre i nipoti che diventano *sui heredes* ancora in vita del testatore (*c*). Ora, se tali postumi non sono debitamente diseredati, o, ciò che è lo stesso, preteriti, rompono il testamento nello stesso momento che essi diventano *sui heredes*, cosicchè sono invalide tanto la istituzione di erede, quanto tutte le altre disposizioni (*d*).

2. Secondo la massima: *ambulatoria est voluntas defunctis usque ad supremum vitae exitum* (*e*), vien rotto il testamento pel cambiamento di volontà del testatore; il quale cambiamento può succedere in tre diverse maniere:

a. coll'erezione di un testamento posteriore, il quale era valido almeno

(*b*) fr. 1 D. XXXIV, 7 *de regul. Caton.* — fr. 26 fram. 210 D. L, 17 *de reg. jur.* — § 1 *Inst*, II, 12 *Quibus non est permiss.*

(*c*) fr. 17 D. XXVIII, 3 *de injust. rupt. test.* Per lo più suolsi estendere questa disposizione anche al caso che fosse morto il discendente mentre viveva ancora il genitore, e ciò per analogia del fr. 17 D. eod; ma veggasi Muhlenbruch nei *Comm.* di Glück XXXVI, p. 314-325, dov'è dimostrato, essere giusta l'anzidetta opinione nel solo caso che fosse stato istituito l'erede più prossimo nella successione intestata.

(*d*) fr. 7 fr. 30 D. XXXVIII, 2 *de liber. et post.* — fr. 17 D. XXXVIII, 3 *de injusto rupt. test.*

(*a*) fr. 3 pr. § 1 D. XXVIII, 3 *de injusto rupt. irrit.* — Intorno alla diversa specie dei postumi vedi Westphal *Teoria del Diritto romano sui testamenti* § 485-520.

(*b*) Che ciò non abbia a valere che pei puberi arrogati, si desume dal § 326 nota *k*.

(*c*) § 1 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.* — fr. 6 pr. D. XXVIII. 3 *de injust. rupt.*

(*d*) § 1 *Inst.* II, 13 *de lib. exered.* — c. 1 C. VI, 29 *de post.*

(*e*) fr. 4 D. XXXIV, 4 *de adim. et transf. legat.*

in principio (*f*). In questo modo vien rotto il primo testamento, quantunque il testatore nel testamento antecedente dichiarasse nulli tutti i posteriori (*clausola cassatoria*), e non rivocasse espressamente questa dichiarazione (*g*), o quantunque avesse fatto il patto di non mutare il suo testamento (*h*), o in base all' ultimo testamento nessuno fosse erede (*i*), o finalmente nel testamento posteriore l' erede venisse istituito soltanto riguardo ad una cosa determinata (*k*).

Ma se il testatore nel suo secondo testamento ha dichiarato che debba valere anche il primo, in tal caso questi vale come fedecommesso, e l'erede istituito nel secondo testamento viene considerato come se fosse stato pregato di restituir l'eredità a colui che era istituito nel primo testamento (*l*), dopo averne trattenuta la cosa a lui destinata o la quarta trebellianica (§ 411). Se si trovano due testamenti, e non si sa qual sia l'anteriore o il posteriore; allora non vale nè l' uno nè l'altro, se contengono istituzioni di erede diverso (*m*).

b. colla distruzione del testamento, o colla cassazione del nome degli eredi, o di tutti i nomi, se sono più di uno, con annichilare la propria sottoscrizione, o la sottoscrizione o il sigillo dei testimoni, purchè sia certo che questa distruzione sia seguita per mano del testatore medesimo, o di qualched'un'altro per suo comando (*n*), e deliberatamente, e non per caso (*o*).

c. colla rivocazione del testamento alla presenza almeno di tre testimonii abili, o dinanzi al Giudizio, se sono già trascorsi dieci anni dall'erezione del testamento (*p*). Quando una volta il testamento è rotto, ne restano per sempre invalide tutte le disposizioni (*testamentum semel ruptum semper ruptum manet jure civili*) (*q*); tuttavia il Pretore accorda talvolta la *bonorum possessionem secundum tabulas* (confr. § 303 nota *l, m, o*).

§ 335.
Del testamento irrito.

Il testamento si chiama *irrito,* se il testatore dopo fatto il testamento soffre una qualunque siasi *capitis diminutio,* o perde il diritto di testare in causa di un delitto (*r*) (§ 317, III). Anche questo impedimento produce la invalidità di tutto il testamento (*s*). Ma talvolta l' impedimento vien tolto parte in virtù del Diritto civile, e parte in virtù del Diritto pretorio.

In virtù del Diritto civile: se qualcheduno ch'era stato fatto dai nemici prigioniero, ritorna in una maniera legittima, allora il testamento è valido per diritto di ripatrio (§ 55); se muore durante la prigionia, mantiene il suo rigore per la legge Cornelia, la

(*f*) § 7 *Inst.* II, 17 *Quib. mod. test. in firm.* — fr. 16 § 1 D. XXVII, 6 *de vulg. et pup. subst.*
(*g*) fr. 22 pr. D. *de legat.* III, fr. 6 § 2 D. XXXIX, 7 *de jure codicill.*
(*h*) fr. 52 § 9 D. XVII, 2 *Pro socio.* — fr. 61 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — c. 15 C. II, 3 *de pactis.*
(*i*) § 2 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.* — fr. 16 D. XXVII, 3 *de injust. rupt.*
(*k*) § 3 *Inst.* II, 17 cit.
(*l*) § 3 *Inst.* II, 17 cit. — fr. 12 § 1 D. XXVIII, 3 cit.
(*m*) fr. 188 pr. D. L, 17 *de reg. jur.* Se quindi in due testamenti fosse stato nominato lo stesso erede, e se nella posteriore disposizione si contenessero soltanto degli altri legati, saranno validi tutti e due i testamenti. Gunther § 789 s. — Vinnius *Comm. ad Pand.* lib. 28, tit. 3 § 9.

(*n*) fr. 20 D. XXVIII, 3 *de injust. rupt. irrit.* — fr. 1 pr. § 1, 3, fr. 2 D. XXVIII, 4 *de his. quae in test. delent.* — c. 30 C. VI, 23 *de test.*
(*o*) fr. 1 pr. D. XXVIII, 4 cit. — fram. 20 D. XXVIII, 3 *de injust. rupt.* — Confr. col fr. 4 D. XXVIII, 4 cit.
(*p*) c. 27 C. VI, 23 *de test.* Confr. Höpfner § 518 n. 6.
(*q*) § 2 *Inst.* II, 17 *Quibus mod. test. infirm.*
(*r*) § 4, 5 *Inst.* II, 17 *Quib. mod. test. infirm.* — fr. 6 § 5-11 D. XXVIII, 3 *de injust. rupt.*
(*s*) Confr. le citazioni addotte alla nota precedente e il fr. 3 in fine D. XXXIV, 8 *de his. quae pro non script. habent.*

quale finge avvenire la morte del testatore nel momento stesso ch'egli vien fatto prigioniero (*t*).

Il Pretore sopra un testamento diventato invalido per la *diminutio capitis maxima* o *media* accorda il possesso dei beni a tenore del testamento, se il testatore acquistò nuovamente il suo stato (§ 303 nota *f*); ma se il testamento diventò nullo per la *capitis diminutio minima,* allora il Pretore accorda il possesso de' beni soltanto nel caso che sia seguita una nuova conferma del testamento in un codicillo ovvero in un altro scritto (*u*).

§ 336.
Del testamentum destitutum.

Il testamento si chiama *destitutum* o *disertum,* quando l'erede istituito o non vuol adire (§ 396), o non può adire la eredità a motivo della morte (§§ 301 nota *g*, e § 374), a motivo della non verificatasi condizione, a motivo della incapacità sopravvenuta dopo fatto il testamento. Unitamente all'istituzion di erede cessano anche tutte le altre disposizioni, come p. e. i legati o fedecommessi (*a*) (§ 407).

Finalmente un testamento valido in

(*t*) § 5 *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss. fac. est.* — fr. 6 § 12 D, XXVIII, 3 *de injust. rupt.* - fr. 12 D. XXVIII, 1 *Qui test. facere poss.* — fr. 16 fr. 18 D. XLIX, 15 *de cap. et postlim.*

(*u*) § 6 *Inst.* II, 17 *Quib. mod. test. infirm.* — fr. 12 pr. D. XXVIII, 3 *de injust. rupt.* — fr. 11 § 2 D. XXXVII, 11 *de bon. poss. sec. tab « si sui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit.* » Veggansi le osservazioni di Marezoll nell'*Arch. della Prat. civ.* VIII, 2, p. 264 e 265. Venne disputato sull'aggiustatezza di tale opinione nella revisione delle suddette osservazioni contenuta negli *Annali* di Schunk III, 1, p. 39, e ciò a motivo delle parole che susseguitano al passo citato, le quali vuolsi che accennino il contrario; locchè a noi veramente non pare.

(*a*) § 2 *Inst.* II, 17 cit. — § 2 *Inst.* II, 22 *Ad leg. Falc.* — § 7 *Inst.* III, 1 *de hered. quae ab intest.* — fr. 181 D. L, 17 *de reg. jur.* La Nov. 1 non ha abrogato queste leggi, confr. § 346 nota *g*.

istretto Diritto si può talvolta impugnare colla querela d'inofficiosità, di cui tratteremo dove si tratterà delle azioni ereditarie (§ 384-388), colle quali sta in connessione. Con qual effetto i figli emancipati, che furono preteriti o non debitamente diseredati nel testamento del padre, o di un ascendente maschile di lato paterno, possano domandare il possesso de' beni contro il tenore del testamento, venne già spiegato in un altro luogo (§ 303).

TITOLO V.
Del contenuto accidentale dei testamenti.

§ 337.
Della istituzione di uno e più eredi.

Al contenuto accidentale dei testamenti appartengono diverse cose, come i legati, i fedecommessi, le istituzioni di tutori e simili. Noi esamineremo frattanto nell'ordine sopra prefisso (§ 323 in fine) quale effetto abbia la istituzione di uno o di più eredi.

Prima di tutto bisogna aver riguardo alla volontà del testatore ed alla regola di Diritto: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

I. Un erede, o sia istituito nell'intiero asse, o soltanto in una parte, o soltanto sopra una cosa determinata, acquista tutta la eredità (*a*).

II. Se sono istituiti più eredi, bisogna vedere se il testatore abbia loro lasciate delle parti determinate, o no. In quest'ultimo caso o sono chiamati tutti gli eredi in una sola proposizione, c allora si chiamano *conjuncti,* ovvero *re et verbis conjuncti,* ed acquistano la eredità in parti eguali (*b*);

(*a*) fr. 5 *Inst.* II, 14 *de hered. inst.* — fr. 1 § 4 D. XXVIII, 5 *de hered. instit.*

(*b*) § 6, *Inst.* II, 14 *de hered. inst.* — fr 9 § 12 D. XXVIII, 5 eod.

od essi sono chiamati in diverse proposizioni, ed allora la eredità viene divisa in tante parti quante sono le proposizioni (*c*), se non consta altrimenti la volontà del testatore che tutti gli eredi sieno trattati ugualmente (*d*). Quelli che sono chiamati in tal modo all'eredità si chiamano *re conjuncti* o *verbis disjuncti*. Ma se il testatore assegnò agli eredi delle parti determinate, e queste assorbono appunto la eredità (*as*), allora ognuno acquista la sua parte; se poi la sorpassano, allora si sottrae da ognuno in proporzione il di più (*singulis pro rata decrescit*); se finalmente le parti determinate importano meno che l'eredità, allora il resto si accresce in proporzione ai singoli eredi (*singulis pro rata accrescit*) (*e*)

Se ad alcuni degli eredi si sono lasciate porzioni determinate, ed altri furono chiamati indeterminatamente, in tal caso questi acquistano ciò che resta, fatta la sottrazione di quelle porzioni, secondo il numero delle persone, o delle proposizioni (*f*) (confr. le note *a*, e *b*).

Se le porzioni assegnate assorbono tutta l'eredità, o la sorpassano, allora si fa un *dupondium* o *tripondium* (§ 299 nota *g*), cosicchè i chiamati indeterminatamente acquistano ciò che resta dopo aver diviso l'asse in 24 o 36 parti (*g*), tranne il caso che il testatore avesse istituito espressamente qualcheduno in ciò che restava dopo fatta la divisione (in 12 once), nel qual caso colui, se non restava niente, niente acquistava (*h*).

Se sono chiamati più eredi ad una cosa medesima, essi acquistano in parti eguali non solo la cosa, ma tutto benanche l'altro asse ereditario (*i*), perfino nel caso che le porzioni espresse non fossero eguali; ma se sono loro assegnate diverse cose, allora acquistano le medesime cose come prelegati (§ 418), ed il resto dell'eredità in parti eguali (*k*).

Finalmente se alcuni sono istituiti sopra una cosa determinata, ed altri indeterminatamente, allora quelli si risguardano come legatarii (*l*), se non sieno venuti a mancare tutti i coeredi indeterminatamente chiamati (*m*). Se qualcheduno insieme a' suoi figli fu chiamato a succedere con un terzo, in tal caso questi acquista la metà dell'asse, ed il padre coi figli l'altra metà (*n*).

Se il testatore disse d'istituire alcuni come eredi in quelle porzioni ch'egli avea già indicate, o che avrebbe indicato, allora, nel primo caso, se tuttavia le parti non sono indicate, gli eredi non acquistano nulla; nell'ultimo caso, acquistano essi l'eredità in parti eguali (*o*). Se finalmente il testatore istituì più eredi alternativamente, dividono essi nonostante l'eredità come se fossero chiamati copulativamente (*p*), quando per altro la

(*c*) fr. 11, fr. 59 § 2 D. XXVIII, 5 eod.

(*d*) Una tale intenzione può emerger dalla parola *aeque*, che vi fosse stata aggiunta, fr. 12, fr. 13 pr. D. eod., o da altre presunzioni fr. 88 § 6 D. *de legat.* II.

(*e*) § 7, 8 *Inst.* II, 14 cit. — fram. 13 § 2-5 D. XXVIII, 5 cit.

(*f*) § 6 *Inst.* cit. — fr. 17 pr., fr. 20 pr. D. cit.

(*g*) § 6, 8 *Inst.* cit. — fr. 17 § 3-5, fr. 18, fr. 20 § 1 D cit.

(*h*) fr. 17 § 3 D. eod. Confr. anche i casi speciali, di cui il fr. 81 pr. D. eod. e col fr. 13 pr. D. XXVIII, 2 *de lib. et posth.*

(*i*) fr. 9 § 13 D. XXVIII, 5 *de hered inst.*

(*k*) fr. 10, fr. 11 fr. 35 pr. § 1, 2 D. eod.

(*l*) c. 13 C. VI, *Te hered. inst.*

(*m*) fr. 1 § 4 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — fr. 41 § 8 D. XXVIII, 6 *de vulg. et pupill. subst.* Confronta Kaufmann § 168 in fine. — Wening. III, 5 § 2 in fine. — Hartizsch § 83 n. *e*.

(*n*) c. 11 C. VI, 26 *de impub. et aliis subst.*

(*o*) fr. 2 pr. § 1 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — fr. 11 D. XXXVIII, 11 *de bon. poss. sec. tab.*

(*p*) c. 4 C. VI, 38 *de verb. sign.*

opposta volontà del testatore non sia affatto evidente.

§ 338.

Idea della sostituzione diretta ossia comune (a), e suoi requisiti.

Il testatore può non solo chiamare più eredi insieme (§ ant.), ma fare eziandio diversi gradi, cosicchè se non diventa erede il primo, debba diventare il secondo, o se manca anche questo, lo diventi il terzo, ec. (*b*).

La sostituzione diretta (*substitutio directa, substitutio vulgaris, substitutio simpliciter*) ha luogo quando si nomina un erede pel caso che quello già nominato non lo diventi (*c*). Quegli che vien chiamato dopo si chiama *substitutus, heres secundus, tertius* ec., *heres secundo, tertio gradu* (*d*).

Siccome dunque la sostituzione diretta è propriamente una istituzione di erede, così è chiaro che soltanto colui può sostituire, il quale è capace di testare, e che possono venir sostituite soltanto persone capaci di succedere.

Del resto, possono venir sostituiti molti in luogo di un solo, ovvero un solo in luogo di molti, o i coeredi reciprocamente (*e*); la qual'ultima si chiama *substitutio mutua* o *reciproca* (*f*), e contiene in sè altrettante sostituzioni, quanti sono i coeredi (*g*).

Il testatore può anche sostituire il primo erede a sè stesso, purchè gliene derivi qualche vantaggio, il che ha luogo p. e. se qualcheduno è istituito sotto una condizione, e sostituito a sè stesso incondizionatamente (*h*).

Se si sono fatti più gradi di sostituzione, allora vale la regola: *substitutus substituto est etiam substitutus instituto* (*i*). Segue dalla natura della sostituzione, che ella si deve fare in un testamento, come una immediata istituzione di erede, e che perciò se venisse fatta in un codicillo, non si potrebbe sostenere neppure come fedecommesso (*k*).

La sostituzione dunque vien fatta pel caso che l'istituito non diventi erede, tanto se non può, quanto se non vuole diventarlo (*l*). È poi anco-

(*a*) *Inst.* II, 15 *de vulgari subst.* — D. XXVIII, 6 *de vulg. et pub. subst.* - C. VI, 26 *de impuberum et aliis subst.* — G. H Turq. *de jure substitutionis*, Lugd. Batav. 1744.

(*b*) pr. *Inst.* II, 16.

(*c*) fr. 45 pr. D. hujus tit. In questo essa si distingue dalla restituzione di un fedecommesso, la quale si appella pure sostituzione fedecommessaria, fr. 57 § 2 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*, però in senso improprio, avvegnachè l'erede istituito non viene in essa a mancare, ma deve soltanto restituire la conseguita eredità, ovvero una parte intellettuale della stessa (§ 299 e § 408). È d'uopo inoltre notare che non solo nelle eredità ma anche nei legati, nei fedecommessi singolari, e nelle donazioni *mortis causa* può aver luogo una sostituzione, c. un. § 7 in fine, C. VI, 51 *de caduc. toll.* — fr. 87 § 2 D. *de legat.* II.

(*d*) fr. 1 pr. D. hujus tit. — fr. 53 D. XXVIII, 5 *hered. instit.* — c. 8 C. VI, 26 hujus tit.

(*e*) § 1 *Inst.* hujus tit. — fr. 36 § 2 D. hujus tit. — fr. 37 § 1 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*f*) fr. 4 § 1 D. hujus tit. — fr. 64 D. *de leg.* II.

(*g*) Giphanius *Explanatio difficilior. leg. Cod. tit. de impub. et al. subst.* p. 57.

(*h*) fr. 48 § 1 D. hujus tit.

(*i*) § 3 *Inst.* hujus tit. — fr. 27, fram. 41 pr. D. hujus tit.

(*k*) Il fr. 76 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* non vi si oppone. Cujaccio, alla di cui opinione noi ci atteniamo, dice nell' *Observ.* XI, 28: « *Si enim privilegium* in fr. 15 D. XXVIII, 6 *De vulg. subst.* e in c. 8 C. VI, 26 *De impub. subst. efficit, ut substitutio facta puberi verbis directis valeat jure fideicommissi, consequens est, ibi non valere eam, ubi nullum est privilegium*; *et longe alia ratio est* fr. 76 D. cit., *in cujus species pupillus, cui substitutio facta est verbis directis, intra pubertatem mortuus est*, *atque ideo non tam praesumtione voluntatis, quod scripta sit codicillis, instrumento fideicommissorum proprio, quam favore pupilli, prudentibus placet, ut, quod non potest valere tanquam testamentum, tamquam codicillus pupillaris valeat, factus ab intestato, et propter pupillum aeque, ut valeat inter substitutos reciproca substitutio quasi fideicommissum, quarum nulla valeret tamen, si pupillus vita post 14 annum excessisset* ».

(*l*) § 4 *Inst. hujus tit.* — c. 3, 5 C. hujus tit.

ra oggetto di questione fra i giureconsulti se si debba far luogo alla sostituzione, se il testatore espresse soltanto uno di questi casi, p. e. se l'istituito non vuole diventar erede, ed in vero il vorrebbe, ma nol può; sembra però essere più probabile che un caso comprenda in sè anche l'altro: *casus impotentiae in se complectitur casum voluntatis, et vice versa* (*m*).

Se gli eredi necessarj sono sostituiti reciprocamente, affinchè la sostituzione abbia effetto, si richiede che il sostituito sia diventato anche erede immediato (*n*).

§ 339.
Effetti della sostituzione volgare.

L'eredità, se viene a mancare il primo erede, passa al sostituito, e se sono sostituiti molti insieme, viene fra di loro divisa nello stesso modo che abbiamo spiegato per più eredi istituiti (§ 337). Se sono reciprocamente sostituiti i coeredi, essi acquistano come sostituiti la stessa porzione che possono pretendere come istituiti (*a*); cosicchè anche qui tocca la preferenza a quelli che sono fra lor congiunti (*b*) (§ 337 nota *b*). Se ai coeredi reciprocamente sostituiti eravi aggiunto un altro non istituito, allora questi acquista il primo una porzione civile, e gli altri acquistano porzioni dell'eredità (*c*).

Tuttavia la sostituzione non produce l'effetto stesso del diritto di accrescimento (§§ 402 e 404), ciò che la porzione di quello che va a mancare passi per sè stessa (*ipso jure*) all'altro coerede, ma si richiede, che quella porzione gli si devolva mentre vive, e venga legittimamente acquisita (*d*).

Inoltre il diritto di accrescimento viene escluso dalla sostituzione (*e*), ma tuttavia in guisa che chi è sostituito generalmente a molti conseguisce l'eredità soltanto dopochè sono mancati tutti questi (*f*).

Finalmente si deve osservare che una condizione apposta alla istituzione di erede senza che se ne faccia espressa menzione, non è da estendersi alla sostituzione (*g*), se la condizione non porta dover prestare qualche cosa ad un terzo (*h*).

§ 340.
Fine della sostituzione volgare.

La sostituzione volgare si estingue:

1. per l'adizione di un erede estraneo (*a*), o per la dichiarazione dell'erede suo (*suus*), ritenere l'eredità acquistata *ipso jure* di voler mediante la morte del padre (§ 359 nota *e*) (*b*).

2. pel trasferimento della eredità negli eredi di colui che era istituito (§ 374);

(*m*) E ciò in parte per l'analogia per cui la sostituzione volgare comprende in sè anco la pupillare (§ 343); in parte per la presunta volontà del testatore ch'egli abbia voluto escludere gli eredi intestati, e finalmente in parte anco pel § *Inst.* hujus tit. — fr. 27, fr. 41 pr. D. hujus tit. - fr. 101 pr. D. XXXV, 1 *de cond.* — Wening con altri più vecchi scrittori sostenne la opposta opinione specialmente in vista del fr. 10 D. XXVIII, 2 *de lib. et posth.*, ma questo frammento si riferisce ad un caso totalmente diverso.

(*n*) fr. 23 D. XXVIII, 6 hujus tit.

(*a*) § 2 *Inst.* II, hujus tit — fr. 5, fr. 23 e 24 D. hujus tit.

(*b*) fr. 41 § 4 D. eod.

(*c*) fr. 32 D. eod.

(*d*) fr. 9 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit. hered.*

(*e*) fr. 2 § 8 D. XXXVII, 11 *de bon poss. sec. tab.* Nov. 1, c. 1 § 3.

(*f*) fr. 42 D. hujus tit. c. 10 C. hujus tit. p. e. Cajo, Tizio e Sempronio saranno miei eredi, e se essi nol divengono, sostituisco loro Mevio.

(*g*) fr. 73 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*h*) c. un. § 4, 9 C. VI, 51 *de caducis toll.*

(*a*) c. 3 c. 5 C. hujus tit. Qualora poi il primo erede avesse conseguito la restituzione in intiero contro l'adizione di eredità (§ 661), ovvero se questi non avendo soddisfatto ai legati sia decaduto dalla eredità, allora avrà luogo la sostituzione, Nov. 1, c. 3, § 3.

(*b*) Se quindi un *suus heres* non abbia accettata l'eredità senza lasciarla a' suoi propri eredi in virtù del diritto di trasmissione, avrà effetto in tale caso la sostituzione.

3. finalmente è chiaro per sè, che la sostituzione si estingue, se non può sussistere come istituzione di erede, p. e. se il sostituito muore prima della delazione dell'eredità, se cessa la condizione imposta al sostituito (*c*).

§ 341.
Della sostituzione pupillare e suoi requisiti (*a*).

La sostituzione pupillare è la istituzione di un erede fatta dal padre di famiglia in virtù della sua patria potestà nella facoltà del discendente impubere, pel caso che questi morir dovesse durante la sua impubertà (*b*).

Essa ha luogo dunque:

I. In virtù della patria potestà pei figli e nipoti tanto nati che postumi, purchè dopo la morte del testatore non diventino soggetti ad un'altra potestà (*c*). Perciò il padre non può sostituire pupillarmente ai figli emancipati o naturali, come non lo può neppure la madre o l'avo materno ai figli legittimi (*d*).

Egli è indifferente che l'impubere sia stato istituito erede, o diseredato (*e*). Oltre gli anni poi della pubertà non può la sostituzione estendersi mai; e se vi fosse tuttavia stata estesa, si estinguerebbe non ostante alla pubertà (*f*); all'incontro può benissimo aver luogo per un tempo più breve, p. e. fino a'dodici anni (*g*).

II. La sostituzione comprende tutta la sostanza dell'impubere, tanto se deriva dal padre come se da altri (*h*). Soltanto la sostituzione del padre arrogativo non può comprendere che la sostanza proveniente da lui stesso (§ 144).

III. Inoltre essa viene risguardata come una parte del testamento paterno, e perciò deve lo stesso padre o nel medesimo testamento od in un altro (*i*) nominarsi un erede (*k*); e se

(*c*) fr. 81 D. XXIX, 2 *De adq. vel omitt. hered* — c. un. § 5 C. VI, 51 *De cad. toll.*

(*a*) La sostituzione pupillare si distingue, è vero, essenzialmente da quella comune; noi però in vista della connessione che non ostante passa tra loro, abbiamo avvisato di trattare qui anche della sostituzione pupillare. Kaufmann § 170 a.

(*b*) Siccome gl'impuberi non possono testare, così venne introdotta per consuetudine la sostituzione pupillare, fr. 2 pr. D. XXVIII, 6 *De vulg. et pup. subst.*, che fu poi confermata mediante le leggi delle XII Tavole. Non di rado si servivano i Romani della medesima per odio contro i parenti. G. S. Madihn *Diat. vicissitudines substitutionis impuberum complexa*, Halae 1769.

(*c*) fr. 2 pr., fr. 41 § 2 D. hujus tit. Poichè la sostituzione pupillare altro non è che la istituzione di un erede nel patrimonio dell'impubere, e poichè le istituzioni di erede non sono valide qualora tuttociò che ne costituisce la essenza, non abbia già sussistito al momento in cui viene fatta la disposizione, così sembrerebbe assai verosimile che per la validità di una sostituzione pupillare si richiegga che l'impubere al tempo della fatta sostituzione si trovasse già sotto la patria potestà del testatore. Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 1, p. 112-115, sostiene la opinione contraria; ma le di lui ragioni ci sembrano superiori ad ogni eccezione. Diffatti nulla monta che si possa sostituire pupillarmente ai postumi, dacchè questi vengono parificati ai nati § 58. c.; che se per postumi quelli vogliamo intendere che al tempo del testamento non si trovano nella immediata podestà del testatore. Ulp. XVIII, 3, sarà sempre vero ch'essi mediatamente si trovavano a lui soggetti. Neppure il fr. 2 pr in fine. D. XXVIII, 6 hujus tit. nè il fr. 41 § 2 D. eod.; non stanno contro la nostra opinione. Ed in vero il primo dei suddetti frammenti devesi a nostro avviso interpretare così, che se taluno abbia istituito erede un impubere estraneo, egli potrà sostituire allo stesso pupillarmente dal momento in cui lo avrà adottato come nipote. Le parole poi del secondo fr. *qui post testamentum coepit tenere locum filii*, non si oppongono alla nostra opinione nemmeno stando all'interpretazione di Löhr, avvegnacchè siamo anche noi di parere che sia indifferente che l'impubere si trova sotto alla immediata patria podestà del sostituente o ne dipenda soltanto mediatamente, purchè alla morte del padre di famiglia esso non passi sotto la podestà di un altro.

(*d*) fr. 33 D. hujus tit. — pr. *Inst.* II, 16 *De pupill. subst.*

(*e*) fr. 1 § 2 D. hujus tit.

(*f*) § 8 9 *Inst.* II, 16 hujus tit. — fr. 7, fr. 14 D. hujus tit.

(*g*) fr. 21 D. eod.

(*h*) fr. 10 § 5 D. eod.

(*i*) § 2 e 3 *Inst.* hujus tit.

(*k*) § 5 *Inst.* hujus tit. — fr. 1 § 3, fr. 2 § 1 D. hujus tit.

egli fece diversi testamenti, deve nominare nel primo l'erede per sè, e nel secondo pel pupillo; ma se egli fece un solo atto di ultima volontà, non importa se anche l'ordine fosse stato inverso (*l*).

Da ciò segue che il padre non può morire ab intestato, se egli vuole sostituire pupillarmente al proprio figlio (*m*).

Del resto, il padre, riguardo alle persone ch'egli pensa d'istituire, ha piena libertà, purchè esse sieno capaci (*n*); cosicchè egli non è obbligato ad aver riguardo neppure agli eredi necessarii, come p. e. la madre (*o*).

§ 342.
Effetti della sostituzione pupillare.

Il sostituito pupillarmente acquista la sostanza dell'impubere che morì durante la impubertà, nello stesso modo che se fosse stato istituito dall'impubere stesso (*a*). Anzi egli può acquistare anche la eredità del padre, se egli fu da questo istituito (*b*), o se l'impubere successe al proprio padre, e poi morì durante la impubertà. Se l'impubere successe al proprio padre, ma poi morì durante la impubertà, o se il sostituito, che fu nello stesso tempo anche sostituito nella sostanza paterna, ne ha già fatta l'adizione, o come *suus* dichiarò di voler ritenere l'eredità paterna; in tal caso egli non può più separare l'eredità dell'impubere da quella del padre, ma egli deve o adirle o ripudiarle ambedue: in ogni altro caso esso può ripudiare anche la sola eredità paterna (*c*) (§ 334).

È specialmente da osservarsi che, nel caso in cui il padre sostitui pupillarmente ad un così detto *suus*, il sostituito relativamente all'impubere è da considerarsi anch'esso come *suus* (*d*).

E se colui che per testamento non può acquistare dal testatore stesso l'intera eredità, p. e. un figlio naturale viene sostituito al figlio legittimo impubere del testatore, egli acquista in tal caso in certo modo dal pupillo tutta intiera la eredità (*e*).

§ 343.
Della sostituzione semplice e doppia, e dei loro effetti.

Se il padre istitui erede il proprio figlio impubere, egli può sostituire tanto volgarmente e pupillarmente nello stesso tempo, quanto solamente per uno dei due casi (*a*). Ma a poco a poco si adottò la massima di Diritto, doversi ritenere, che il padre sostituendo all'impubere soltanto volgarmente, vi abbia compresa anche la

(*l*) fr. 2 § 4-7 fr. 16 § 1 D. hujus tit.
(*m*) fr. 2 § 1 D. eod.
(*n*) fr. 25 D. eod.
(*o*) fr. 8 § 5 D. V, 2 *De inoff. test.* Zimmern studiossi interpretare diversamente questo frammento nelle sue *Disquisizioni di Dir. rom.* Veggasi però in contrario Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 3, p. 345.
(*a*) c. 7 C.VI, 25 hujus tit.
(*b*) Qualora il padre avesse nominato più eredi della propria di lui sostanza, e contemporaneamente gli avesse sostituiti al figlio in via pupillare, in tale caso essi conseguirebbero dalla eredità del figlio porzioni corrispondenti a quelle che loro furono assegnate sull'asse paterno, § 7 *Inst.* II, 16 hujus tit. — fr. 8 in fine D. hujus tit. Se poi oltre agli eredi paterni fosse stato nominato qualche altro sostituto, avrà questi prima una quota virile e poscia conseguiranno gli altri le rispettive lor quote. Confr. § 339 — fram. 9 D. hujus tit. combinato con la c. 11 C. VI, 26 hujus tit.
(*c*) In questo modo si possono combinare insieme, fr. 10 § 2, 3, fr. 12 D. hujus tit. — fr. 40, fr. 42 pr. fr. 59 D. XXXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* - fr. 28 D. XLII, 5 *de rebus auct. jud. poss.*
(*d*) fr. 2 § 4, fr. 10 § 1 D. hujus tit. — fr. 42 pr. D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.*
(*e*) fr. 6 D. hujus tit. Confr. però il fram. 36 D. XXXIX, 6 *de mortis causa donat.* Cujacio *Comm.* VII, p. 912 ad fr. 6 D. XXVIII, 6 hujus tit.
(*a*) Nel primo caso la sostituzione chiamasi doppia, nel secondo semplice.

sostituzione pupillare (*b*), se non si possa provare l'opposta volontà del testatore (*c*), o se l'impubere ed un altro, a cui non si possa pupillarmente sostituire, non si sieno reciprocamente sostituiti (*d*), o finalmente se il testatore non abbia sostituito volgarmente ad un postumo, e nominato in pari tempo erede la madre del medesimo, nel qual caso succede la madre, e non il sostituito, se il postumo è bensì nato, ma poi morì durante la impubertà (*e*).

§ 344.

Della estinzione della sostituzione pupillare.

In generale si estingue la sostituzione pupillare nello stesso modo che altre istituzioni di erede, e perciò in particolare anche allora che il pupillarmente sostituito muore innanzi la delazione della eredità, o prima del pupillo; tranne se il sostituito avesse già ereditato dal testatore, nel qual caso i suoi eredi possono acquistare anche la eredità pupillare (*a*).

In virtù della sua particolare natura si estingue la sostituzione pupillare:

1. colla pubertà (*b*), o col decorso del tempo, se il testatore limitò il suo effetto ad un tempo più breve di quello della pubertà (§ 341).

2. coll'emancipazione dell'impubere, e colla di lui morte successa in vita del padre (*c*). Se il padre è caduto in potere dei nemici, e morì durante la cattività, la sostituzione vale in virtù della legge Cornelia (§ 335) anche nel caso che il figlio sia morto prima del padre durante la impubertà (*d*).

Ma se il figlio prima della morte del padre cadde in poter de' nemici e vi morì cattivo, allora si estingue, come la sostituzion pupillare si estingue (*e*) se padre e figlio fossero stati fatti prigionieri ambedue nello stesso tempo, e morti cattivi (*f*).

3. se il sostituito non domandò pel pupillo un tutore (*g*).

4. se il testamento paterno venne rotto (*h*), tranne il caso che diventi invalido soltanto in parte (*i*), o che fosse stato chiesto il possesso de' beni da un altro piuttosto che dal sostituito (*k*). La sostituzione resta poi in

(*b*) fr. 4 pr. D. hujus tit. Non è però accennato in alcuna legge che viceversa la sostituzione pupillare comprenda in sè anco la volgare, anzi il fr. 28 D XLII, 5 *de reb. auct. jud. poss.* — fr. 41 § 2 D. XXVII, 6 hujus tit., contengono l'opposto, senza che vi osti il fr. 4 D. hujus tit. e Gaji II, § 179, 180. Confr. Wening nel *Giorn. del Diritto e Proc. civ.* III, 1, p. 115 e specialmente III, 2, p. 153 e 165.

(*c*) Come a cagion d'esempio dove il testatore per ogni singolo caso avesse destinato un diverso sostituito, c. 4 C. VI, 26 hujus tit.

(*d*) fr. 4 § 2, fr. 45 pr. D. hujus tit.

(*e*) c. 9 C. VI, 25 *de inst. et subst.* confr. col fr. 45 pr. D. XXVIII, 6 hujus tit. il c. 2 C. VI, 26 h. t.

(*a*) fr. 59 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. her.*

(*b*) § 8 *Inst.* hujus tit. — fr. 14 D. hujus tit.

(*c*) fr. 41 § 2 D. XXVIII, 6 hujus tit. Per l'arrogazione di un impubere cessa parimenti a tutto rigore la sostituzione pupillare, fr. 17 § 1 D. I, 7 *de adopt.*; ma in virtù della cauzione che l'arrogatore deve prestare per la restituzione della sostanza del pupillo a quelli a cui sarebbe pervenuta se l'arrogazione non avesse avuto luogo, è forza ammettere che la sostanza del pupillo morto durante la impubertà debba restituirsi al sostituito, fr. 18, fr. 19 D. I, 7 *de adopt.* — fr. 40 D. XXVIII, 6 hujus tit.

(*d*) fr. 10 pr., fr. 11 pr. D. XLIX, 15 *de capt. et postlim.* — fr. 28 là dove si legge: *Qua propter cum pater etc.* D. hujus tit.

(*e*) fr. 28 D. hujus tit., nelle espressioni: *quia non efficitur per eam (legem Corneliam), ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat* ».

(*f*) fram. 11 § 1 D. XLIX, 15 *de capt. et postl.* Confr. Muhlenbruch nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 3, *Sulla priorità della morte*, p. 404, nota 17.

(*g*) c. 10 C. VI, 58 *de legit. hered.*

(*h*) § 5 *Inst.* II, 16 hujus tit. — fr. 2 pr. § 1, fr. 10 § 4 D. hujus tit. — fram. 11 D. XXIX, 3 *Test. quemad. aper.*

(*i*) fr. 8 § 5 D. V. 2 *de inoff. test.*

(*k*) fr. 22, fr. 34 § 2 fr. 35 D. hujus tit.

vigore se un *suus* si astiene dell'eredità paterna (*l*), od un terzo ripudiò dolosamente l'eredità paterna in pregiudizio del sostituito (*m*), o se finalmente l'erede ottenne la *restituzione in intiero* contro l'adizione dell'eredità (*n*).

§ 345.

Sostituzione quasi-pupillare (*a*).

La sostituzione quasi-pupillare è la istituzione di erede fatta da un ascendente nella sostanza di un furioso o mentecatto pel caso ch'esso morisse dopo l'ascendente in quello stato (*b*). Questo diritto compete:

I. agli ascendenti, e perciò non solo al padre, ma benanche alla madre e a tutti gli avi, poichè il fondamento di questa specie di sostituzione non è la patria potestà, ma la umanità in favor dei genitori (*c*). Se esistono più ascendenti, soltanto quegli che sopravvisse agli altri può con effetto sostituire quasi-pupillarmente (*d*).

II. Soltanto a quei figli mentecatti e furiosi, che non hanno lucidi intervalli, si può sostituire (*e*), e solo

(*l*) fr. 41, fr. 42 pr. D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* Avvegnacchè non può restare destituto il testamento in cui sia stato instituito un così detto *suus*. Günther § 829 b.

(*m*) fr. 2 § 1 D. hujus tit.

(*n*) fr. 2 § 3 D. hujus tit.

(*a*) Varie sono le opinioni intorno alla natura ed estensione di questa sostituzione. Confronta l'*Arch. della Prat. civ.* T. II, fasc. 1, p. 52-56 di Unterholzner II, 2, pag. 289-290, di Zimmern V, 1, pag. 105-120, di Löhr, V, 3, pag. 338-345, di Thibaut. IX, 1, p. 99-117 di Löhr. X, 2 p. 226 di Thibaut, XII, 3, pag. 354-362, Haimberg. *Della quasi-pub. subst.*

(*b*) Da principio non avea luogo tranne che in forza di speciali rescritti, fr. 43 pr. D. XXVIII, 6 *De vulg. et pub. subst.*, in seguito però con costituzione di Giustiniano venne elevata ad un genere di sostituzione suo proprio, e fece parte del Diritto comune, c. 9 C. VI, 26 *De impub. et aliis subst.* Perciò suolsi appellarla *Giustinianea*, e in forza del § 1 *Inst.* II, 16 *De pupill. subst.* anche *esemplare*.

(*c*) c. 5 C. cit. « *Humanitatis* intuitu *parentibus indulgemus.* » Vedi Löhr nell'*Arch.* IX, 1, p. 108.

(*d*) Unterholzner e Löhr onde iscansare l'ingiustizia che seco porterebbe la opinione universale, che cioè ogni ascendente possa disporre di tutta la sostanza del furioso, sostengono che nissuno ascendente possa disporre per testamento se non della sostanza che da lui proviene. Ma in questo proposito ci sembra preferibile per molte ragioni l'opinione comunemente adottata, e specialmente pel susseguente passo delle Istituzioni II, 16 pr. in due: *Nam moribus institutum est, et cum ejus aetatis sint filii, in qua ipsi* testamentum facere non possunt, parentes ei faciant, § 1. Qua ratione *excitati etiam constitutionem posuimus in Codice nostro, ut si qui mente captos habeat filios, ad exemplum pupillari substitutionis certas personas ei substituere liceat.* » Confronta Thibaut nell'*Arch.* V, 3 p. 340-345. Non farà meraviglia se in mezzo a tante si disparate opinioni dei Giureconsulti (confronta p. e. Wening III, 5, § 91. Seuffert III, § 545. Muhlenbruch III, § 191), ne vorremo esternare anche noi una nuova, la quale, se non andiamo errati, diminuisce le facoltà, e sembra almeno essere più delle altre fondata nella legge. Giustiniano assoggettò al Diritto comune la sostituzione quasi pupillare, e ciò a vantaggio dei genitori: ma quale vantaggio vi sarebbe se il padre potesse escludere la madre, e questa viceversa il padre? Forsechè nella legittima vengono preferiti i fratelli ai genitori? Per quale motivo adunque dovrà quello che fa la sostituzione quasi pupillare, essere costretto ad istituire un discendente del mentecatto, ovvero, in mancanza di discendenti, qualcuno de' suoi fratelli o sorelle? Noi non sappiamo vedere altra ragione, perchè non sien stati contemplati gli ascendenti in quella disposizione di legge, se non perchè quando può aver effetto la sostituzione quasi-pupillare, è impossibile che sussista tuttora qualcuno degli ascendenti. E ciò sembrano indicare anche le parole della c. 9 « *non liceat parenti, qui vel quae testatur* » le quali sebbene per sè di poca importanza, considerate però in unione alla suindicata ragione sembrano esprimere l'alternativa facoltà di sostituire.

Del resto, ciò che almeno è fuor di ogni dubbio si è che gli avi non hanno diritto di fare alcuna sostituzione, viventi ancora i genitori, poichè si legge: « *liceat hisc. parentibus* legittima *portione ei vel eis relicta*; » e quindi chi avesse un figlio e da questo un nipote mentecatto, non sarebbe tenuto a lasciare a questo la legittima, sebbene ciò si ritenga come un estremo, perchè possa aver luogo la sostituzione pupillare. Confr. la mia *Dissertaz. nell'Arch* XII, 3.

(*e*) c. 9 C. eod. « *si mente captus* perpetuo *sit.* » Non si può quindi sostituire nè ai figli prodighi, nè a quelli incapaci per altre ragioni; poichè i privilegi non si possono estendere. Non si può sostituire quasi-pupillarmente a quelli che sono sordo-muti fin dalla nascita, se non dietro un rescritto imperiale; giacchè in proposito l'antico Diritto non è stato modificato. fr. 43 pr. D. XXVIII, 6 hujus tit.

nel caso ch'essi acquistino almeno la porzione legittima; ma non mai se vengono diseredati (*f*);

III. Gli ascendenti possono sostituire con tutta libertà soltanto allorchè non esiste verun discendente nè fratello o sorella, che discenda col mentecatto dal sostituente: poichè se il mentecatto ha discendenti, allora il testatore non può istituire altri che questi; del resto, dipende dal suo arbitrio d'istituirli tutti, ovvero un solo di essi. Se non esistono discendenti, egli deve istituire almeno uno dei fratelli o sorelle, e soltanto in mancanza di questi può egli a suo beneplacito chiamare all'eredità qualche persona capace (*g*). La sostituzione quasi-pupillare si estingue, in generale, come le altre istituzioni di erede, ed in particolare cessa da sè, se il demente riacquista il suo pieno intelletto, ma non nel caso che gli sopravvenga un *suus heres* (*h*).

Se poi mediante imperiale rescritto fosse stato sostituito ad un discendente nato sordo-muto, in tal caso questa sostituzione si estingue anche per sopravvenienza di un *suus heres* (*i*).

§ 346.

Descrizione dell'erede, o della cosa ereditaria; istituzione di erede per una causa e ad un fine.

Una descrizione erronea dell'erede o della cosa lasciata non porta di regola alcun pregiudizio, purchè si sappia qual persona (*a*) o qual cosa il testatore intendesse (*b*). Ma se la descrizione erronea della persona deriva da errore o dolo essenziale, la istituzione è nulla (confr. anche § 324) (*c*).

Se fu nominato un erede con apporvi una causa, la falsità di questa non produce la nullità del testamento; tranne se si potesse provare che il testatore tenne per vera la causa, e che egli non avrebbe fatta quella istituzione di erede, s'egli avesse conosciuta la falsità della mdesima (*d*) (§ 95).

La istituzione di erede ad uno scopo (§ 94) non sospende nè la delazione nè l'acquisizione dell'eredità. Ma l'erede può venir costretto all'adempimento dello scopo da quelli ai quali ne hanno un interesse e dagli esecutori testamentarj, se lo scopo si riferisce soltanto all'interesse del testatore (*e*).

Se il testatore ha ordinata una pena pel caso che la sua volontà non venisse eseguita, deve la medesima venire subita (*f*).

In altri casi quelli che non s'adoprano per l'adempimento dello scopo, devono venirne eccitati con giudiziale decreto, e se indugiano ancora per un anno, vengono privati dell'eredità ad eccezione della legittima, se essi non sono minorenni; e, previa una cauzione per l'esatto adempimento della volontà del testatore, subentrano invece loro primieramente i sostituiti, e poi i coeredi, secondo le norme del diritto di accrescimento (§ 402-404),

(*f*) c. 9 C. eod. « legittima *portione ei vel eis relicta* » Löhr nell'*Arch.* V, 1, p. 112.

(*g*) c. 9 C. eod.

(*h*) Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 1 p. 114 e 115.

(*i*) Mentre in ciò vale tuttora il Diritto antico Confr. la nota *e* di questo §.

(*a*) fr. 48 § 3 D. XXVIII, 5 *De hered inst.* — c. 5 C. VI, 24 eod.

(*b*) arg. fr. 17 pr., fr. 40 § 4 D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.*

(*c*) § 317.

(*d*) arg. fr. 17 § 2, fr. 72 § 6 D. XXXV, 1 *De cond.* — fr. 93 § 1 D. *De legat.* III, — C. VI, 44 *De falsa causa adjecta legat. et fideicomm.*

(*e*) fr. 50 § 1 D. V. 3 *De hered. pet.* — fr. 7 D. XXXII, 1 *De annuis legat.* — fr. 17 § 2, fr. 44 D. XL, 4 *De manumiss. test.*

(*f*) c. un. C. VI, 41 *De his, quae poenae nomine.*

quindi il fedecommessario universale, e, se sono più di uno, quegli che ne ha la porzione maggiore, poscia sotto la stessa condizione i legatarii, i fedecommessarii singolari e i denotarj *mortis causa*, ed in seguito gli schiavi graziati di libertà secondo l'ordine in cui li nominò il testatore; finalmente gli eredi intestati, ed anche altri, i quali vogliano adempiere la volontà del testatore, e finalmente il fisco (*g*).

§ 347.

Istituzione di erede con determinazione di tempo.

La determinazione del tempo è certa, ovvero incerta. Se è incerta, equivale ad una condizione (*a*) (§ 93), altrimenti vien ritenuta come non apposta, tanto se l'istituzione si fece perchè valga da un certo giorno, quanto se fino ad un certo giorno; poichè se si volesse sostenere il contrario, allora nel primo caso avrebbe luogo una successione mista, parte secondo il testamento, e parte ab intestato; e nel secondo caso sarebbe contraddizione colla massima: *qui semel heres, semper heres* (*b*).

§ 348.

Istituzione di erede sotto una condizione (*a*).

I. *Sotto una istituzione impropria.*

I. Di regola le condizioni fisicamente e moralmente impossibili si ritengono per non apposto (*b*). Ne formano un'eccezione le condizioni relativamente impossibili (*difficiles*), le quali in sè stesse possono adempiersi, ma sono impossibili per colui che ne fu incaricato, poichè queste rendono invalida la istituzione di erede (*c*).

In particolare si ritiene per invalida la condizione per giurar qualche cosa (§ 90, nelle note): se poi fu instituito qualcheduno colla condizione ch'egli debba giurare di dare o prestar qualche cosa, allora egli deve dare o prestare ciò a cui egli avrebbe dovuto obbligarsi con giuramento, e gli viene condonato soltanto questo giuramento (*d*).

II. In egual modo vengono ritenute per non apposte le condizioni necessarie (*e*), le tacite (*f*), le perplesse (*g*), e le derisorie (*h*).

III. È del pari invalida un'istituzione capziosa, la quale ha luogo quando l'erede fu istituito colla condizione, ch'egli nomini egualmente erede il testatore od un terzo (*i*).

(*g*) Nov. 1, c. 1 e 4 Confr. Löhr nell' *Arch. della Prat. civ.* V, 3, p. 391 e Francke, *Illustrazioni di varie materie di Diritto*, Gottinga 1828, pag. 148, il quale con buone ragioni si fa a confutare le conseguenze che Löhr dal secondo capitolo di questa novella vorrebbe dedurre.

(*a*) Se taluno venga istituito erede pel giorno in cui avverrà la sua morte, dovrassi considerare questa istituzione come incondizionata, c. 9 C. VI, 24 *De hered inst.*

(*b*) *Inst.* II, 14 *De ered. inst.* — fr. 24, fr. 88 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.*

(*a*) D. XXVIII, 7 *De conditionibus institutionum*, — D. XXXV, 1 *De conditionibus et demonstrat.* — c. VI, 25 *De institutionibus et substit. et rest. sub conditione factis.*

(*b*) 10 *Inst.* II, 14 *De hered. inst.* — fr. 45 D. XXVIII, 5 *De hered inst.* — fr. 6, fr. 9, fr. 14 fr. 27 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.* — fr. 3, fr. 6 § 1, fr. 20 D. XXXV, 1 *De cond.* Le condizioni false vengono parificate alle impossibili, framm. 45 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — fr. 72 § 7 D. XXXV, 1 *De cond.* Se una condizione possibile venga accumulata alternativamente con un'impossibile, si avrà per condonata anche la prima, fr. 8 § 5 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.*

(*c*) fr. 4 § 1 D. XL. 7 *De statu liberis.* Intorno alle varie opinioni su ciò veggasi Höpfner § 491 nota 3.

(*d*) fr. 8 pr. § 3, 6, 7 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.* — fr. 29 § 2 D. XXIX, 1 *De test. milit.* — fr. 26 pr. D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.*

(*e*) Confr. il § 92. Intorno alle *conditiones in praesens vel in praeteritum collatae*, veggasi il presente §

(*f*) 92 in fine.

(*g*) S'è perplessa la stessa istituzione, essa è invalida, fr. 16 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.*

(*h*) fr. 14 D. eod.

(*i*) fr 70, fr. 71, fr. 81 § 1 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — fr. 20 § 2 D. XXVIII, 7 *De cond. inst.* — Corn. Bynkerkök *Opusc. de capt. inst in opusc. varii argumenti, ed Halens* II, p. 225-293.

Se l'istituito con una tal condizione ha tuttavia nominato erede colui che gliela impose, di regola questa nomina è valida; poichè od era nota, o non era nota all'istituito capziosamente la istituzione in cui gli si destinava la eredità: se non gli era nota, non potea aver luogo verun dolo: se gli era nota, ed egli crede che la istituzione capziosa sia valida, e perciò nomina in suo erede il testatore capzioso, in tal caso non gli giova questa ignoranza di diritto, se essa non merita scusa secondo le norme generali di Diritto (*k*). Una istituzione fondata sulla reciproca inclinazione, non è da ritenersi per capziosa (*l*).

§ 349.

Istituzione di erede.

II. *Sotto una condizione propria.*

Che una condizione risolutiva sia da ritenersi per non apposta, sembra conforme alla massima di Diritto: *qui semel heres, semper heres* (*a*). Ma una condizione sospensiva può venir validamente apposta, cosicchè l'erede, finchè pende una condizione causale o mista, secondo il Diritto civile, non acquista l'eredità; tuttavia il pretore, previa cauzione per la restituzione dell'eredità, nel caso che non venisse adempita la condizione, concede il possesso de' beni a tenore del testamento.

Lo stesso vale di una condizione potestativa affermativa che non può venir tosto eseguita (*b*) (§ 303).

I. Se la condizione potestativa è posta negativamente, in tal caso l'erede può subito adire l'eredità anche secondo il Diritto civile, poichè se è istituito egli solo, la condizione si ritiene per non apposta (*c*); ma se egli ha coeredi, previa la cauzione Muciana per la restituzione del ricevuto pel caso ch'egli agisse contro la condizione, gli si permette di adire l'eredità (*d*), anzi il testatore lo può dispensare anche da questa cauzione (*e*). Non si richiede poi che la condizione sia tale che l'erede, finchè vive, possa agire in opposizione alla medesima (*f*) (la cosa è diversa nei legati § 432).

II. L'eredità si devolve all'erede nel momento che si verifica la condizio-

(*k*) Thibaut *Saggi* n. 4.

(*l*) fr. 70, fr. 71 pr. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* Tale reciproca istituzione può farsi in un solo testamento, e senza che siano necessarii più di sette testimoni, quando questi però siano stati pregati da ciascuno dei testatori nella sua specialità. Gunther § 723 Mackeldey § 649. Hasse oppugna siffatta opinione nel *Museo Ren.* III, 2 p. 243, perciocchè a suo parere un tale testamento mancherebbe della forma esterna per ciò che concerne la necessaria unità dell'atto. Ma se amendue i testatori ricerchino contemporaneamente i testimonii di sottoscrivere la dichiarazione della loro comune ultima volontà, non crediamo che reputare si possa violata la unità dell'atto (§ 320). Anche Glück attiensi all'opinione di Hasse, XXXV, p. 55.

(*a*) Varii fra i più recenti scrittori studiaronsi di combattere questa massima, e primieramente Wening nell'*Arch. della Prat. civ.* I, 1, p. 138-140, indi Zimmern, nel detto *Arch.* VII, 1, p. 125-138, in confronto de' quali sostenne Thibaut, e per quanto a noi parve, con buon esito, l'antica opinione nello stesso *Arch.* V. 3, p. 317-323 e VII, 3, p. 363-369. Ciocchè abbiamo superiormente accennato (§ 346) intorno all'inadempimento dello scopo prefisso dal testatore, non fa qui alcun obice; avvegnacchè a senso di una speciale Costituzione di Giustiniano ciò si annovera tra i motivi per cui taluno viene punito con la perdita della eredità.

(*b*) fr. 2 § 1, fr. 6 pr., fr. 6, fr. 10 D. XXXVII, 11 *de bonor. poss. sec. tab* – fr. 23 § 1 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*c*) fr. 4 § 1, fr. 20 pr. D. XXVIII, 7 *de cond. inst.*

(*d*) fr. 7 pr. D. XXV, 1 *de cond. et demonstr.* — fr. 76 § 7 D. *de legat.* II. — fr. 79 § 2 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.* — Nov. 22, c. 44 § 2 c. 4.

(*e*) c. 2, 7 C. VI, 54 *Uti in poss. legat.* — Nov. 22, c. 44 in fine. La cauzione viene prestata di regola mediante fidejussione, fr. 67, fr. 106 D, XXXV, 1 *de cond. et demonstr.* La Nov. 22 c. 44 contiene un caso di eccezione.

(*f*) fr. 5 § 1 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.*

ne (*g*); ma essa viene considerata come se fosse stata lasciata incondizionatamente sin da principio, cosicchè tuttociò che avvenne circa la stessa mentre pendeva la condizione, è nullo (*h*).

Una condizione potestativa dee venire adempita dopo la morte del testatore colla intenzione di soddisfare alla volontà del testatore (*i*), tranne il caso ch'ella fosse tale da poter esser adempita soltanto una volta, nel qual caso basta che sia avvenuta in vita del testatore, locchè vale eziandio della condizione causale e mista, se il testatore non sapeva ch'essa era già successa, e la medesima possa di sua natura venir replicata (*k*). La condizione mista in ispezialità si ritiene per adempita, se viene impedita per fatto di un terzo, e soprattutto di quello al quale interessa che non venga adempita (*l*); ma la cosa è diversa se il suo adempimento venne reso vano dal puro accidente (*m*), tranne se la cosa fosse per ciò tale diventata che il terzo, a cui il testatore coll'apposta condizione volea giovare, non abbia più bisogno di questo favore, o se il testatore in virtù di quel cambiamento avesse già conseguito il suo scopo; in ambedue i quali casi una condizione mista, che vien resa impossibile dal caso, è da ritenersi per adempita (*n*).

La istituzione sotto la condizione « *che l'erede acquisti dei figli* » non viene adempita mediante l'adozione (*o*).

All'opposto la stessa condizione viene condonata, se qualcheduno fa voto di castità, o destina la eredità ad un fine pio (*p*).

Se finalmente la istituzione di erede venne fatta incondizionatamente e condizionatamente nello stesso tempo, vale soltanto la incondizionata (*q*). La istituzione è da ritenersi per incondizionata anche allora che il testatore si prefisse di apporvi una condizione, e non lo fece (*r*).

III. Se la condizione non viene adempita, si ritiene che il testatore sia morto senza testamento sin da principio.

TITOLO VI.

Delle Maggiori o minori solennità nei testamenti di Diritto singolare.

§ 350.
Idea generale.

Il Diritto singolare ha stabilito alcune eccezioni dalle regole fin qui riportate (§ 316), le quali tendono in parte ad accrescere, e in parte a diminuire le solennità nei testamenti. L'aumento ha luogo nei testamenti dei ciechi e dei sordi-muti, e la diminuzione nel testamento militare, in quello dei genitori relativamente ai loro figli, ed in quelli che si fanno nel contado ed in tempo di peste.

§ 351.
Dei testamenti dei ciechi e dei sordi-muti.

Un testatore che è cieco, deve ol-

(*g*) arg. fr. 66 D. XXXV, 1 *de cond. et demons.*

(*h*) fr. 105 D. eod. — fr. 138 pr. D. L, 17 *de reg. jur.*

(*i*) fr. 2, fr. 11 § 1, fr. 68 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.*

(*k*) fr. 45 § 2 D. *de legat.* II. — fr. 10, fr. 11 pr. fr. 68, fr 91 D. XXXV, 1 *de cond. et demonst.* — c. 7 C. VI, 25 *de inst. et subst.*

(*l*) fr. 3, fr. 11 fr. 25 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.* — fr. 24 D. XXXV, 1 *de cond.*

(*m*) fr. 31, fr. 101 pr. D. XXXV, 1 cit.

(*n*) fr. 8 § 7 D. XXVIII, 7 *de cond. inst.* — c. 3 C. VI, 25 *de inst. et subst.* Gunther § 750.

(*o*) fr. 51 § 1 D. *de legat.* II. - fr. 76 D. XXXV, 1 *de cond.* Se per aversi procreati figli fuori del matrimonio abbiasi o meno adempiuto a questa condizione; sarà a giudicarsi dalla dignità, volontà e dalla condizione del testatore, fr. 17 § 4 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*p*) c. 53 § 2 C. I, 3 *de Episc. et Cler.*

(*q*) fr. 27 § 1, fram. 67 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.*

(*r*) c. 8 C. VI, 25 *de instit. et subst.* abrogò il fr. 9 § 5 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* Gunther § 750 in fine.

tre i sette testimonii, chiamare anche un notajo, o se non vi fosse un notajo, un ottavo testimonio, e non soltanto nominare gli eredi, ma benanche descrivere con sicurissimi segni la loro dignità e la loro persona, affinchè la sola indicazione dei nomi non possa produrre qualche dubbio. Il notajo dee scrivere alla presenza dei testimonii ciò che dice il testatore, e poi tanto esso che i testimonii devono sottoscrivere e sigillare lo scritto.

Ma se il testatore ha scritto o fatto scrivere già prima il suo testamento, il notajo in tal caso deve leggere lo scritto in presenza dei testimonii, e se il testatore lo riconosca per sua ultima volontà, allora ha luogo la predetta sottoscrizione ed apposizione dei suggelli (*a*).

Molti sostengono falsamente che tale lettura e la ricognizione del testatore sieno necessarie anche nei testamenti di coloro, i quali non sanno nè leggere nè scrivere (*b*).

Quelli che non sono nati sordi-muti, possono bensì testare, ma, come già s'intende per sè, soltanto in iscritto, ed il testamento deve esser tutto di proprio lor pugno (*c*).

§ 352.
Del testamento militare (*a*).

I soldati nella erezione dei testamenti sono dispensati da tutte le solennità interne ed esterne, e ciò parte a motivo della loro inesperienza negli affari civili, e parte in ricompensa dei pericoli a cui sono esposti, cosicchè basta la sola dichiarazione della loro volontà (*b*).

Tuttavia ciò si riferisce soltanto a quei soldati che sono registrati nelle liste dell'armata attiva (*c*), e si trovano in campagna: perlochè un tale privilegio non vale pel tempo di pace, e pei soldati che si trovano nei presidii, o nei quartieri d'inverno (*d*).

Il privilegio si può riferire:

1. alla persona del testatore;
2. alla forma esterna, e
3. alla forma interna, ossia al contenuto del testamento (*e*).

Riguardo alla persona del testatore è da osservare, ch'egli deve bensì in generale esser capace di testare; ma se fu condannato a morte per un delitto militare, purchè non abbia violato il suo giuramento, egli può testare militarmente circa il suo peculio castrense, tostochè egli ne abbia impetrato il permesso, che nel caso riferito non gli può esser negato (*f*).

Inoltre può un soldato testare militarmente circa la sua facoltà, quand'anche egli dubiti di essere o non essere *sui juris* (*g*) (§ 317 nota *g*), o si trovi in potestà altrui (*h*).

Per ciò che risguarda la forma esterna, non si richiede veruna solennità;

(*a*) § 4 *Inst.* II, 12 *Quibus non est permiss.* — c. 8 C. VI, 22 *Qui test. fac. poss.* - Pauli *Recept. sent.* III, 4 § 4. Ne consegue che un cieco non possa mai testare se non nuncupativamente, Marezoll *Magazz.* di Grollmann e di Löhr IV, 2 p. 168-173.

(*b*) Köpfner § 469 in fine. Veggasi in contrario Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* VI, 2, n. 12.

(*c*) c. 10 C. VI, 2 *Qui test. fac. poss.* « *Omnia, que priori interdiximus, haec* ei sua manu scribenti *permittimus* ». Confr. Marezoll nell'*Arch. della Prat. civ.* VIII, 2, p. 266.

(*a*) *Inst.* II, 11 *de militari testam.* — D. XXIX, 1 e C. VI, 21 *de test. militis.*

(*b*) pr. *Inst.* hujus tit. — fr. 1 pr. D. hujus tit. — c. 3 C. hujus tit.

(*c*) fr. 42 D. hujus tit. — c. 16 C. eod. Confr. anche fr. un. § 1 D. XXXVII, 13 *de bonor. poss. ex test. militis.*

(*d*) pr. § 3 *Inst.* hujus tit. — Theophil. *Paraphr. ad hunc. locum.* — c. 15, 17 C. hujus tit. Confronta Höpfner § 453.

(*e*) Kaufmann § 177.

(*f*) fr. 11 pr. D. XXIX, 1 *de test. milit.* — c. 13 C. hujus tit. Confr. col fr. 32 § 8 D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.* — fr. 1 D. XXXVIII, 12 *de veteran. et mil. success.*

(*g*) fr. 11 § 1 D. *de veter. et mil. success.* Buchholtz nei suoi *Trattati giur.* p. 397.

(*h*) pr. *Inst.* hujus tit. — fr. 4 D. eod.

e perciò nel testamento scritto non c'è bisogno di alcun testimonio, nel nuncupativo bastano due, soltanto onde istituire la prova che il soldato volea veramente dichiarare la sua ultima volontà (*i*).

Un testamento fatto contro le regole di Diritto prima che il testatore abbracciasse lo stato militare, diventa valido, se egli in seguito lo approvò in campo come soldato (*k*).

Se un soldato si fosse prefisso di dichiarare la sua ultima volontà secondo il Diritto comune, e se questa manca di qualche requisito, che nei testamenti ordinarii può essere in parte supplito colla clausola codicillare (§ 407); in tal caso nei testamenti militari viene quella clausola tacitamente presupposta, quantunque non fosse stata apposta (*l*).

Circa il contenuto:

1. possono venir istituiti eredi anche persone incapaci (*m*), ad eccezione di un eretico (*n*), e di una donna che avesse vissuto con un soldato in una relazione immorale (*o*), (§ 301);

2. un soldato può diseredare e preterire i suoi eredi necessarii (*p*); egli può

3. nominare un erede nel codicillo (*q*) (§ 316 nota *c, e* e § 406), e

4. morire *pro parte testatus pro parte intestatus* (*r*) (§ 301, II), dal che segue che il testatore può ordinare che l'erede acquisti l'eredità solo dopo un dato tempo (*dies certus*), e ch'esso può apporre (§ 347) una condizione resolutiva (§ 349) (*s*), e che il diritto di accrescimento (§ 404) fra molti coeredi non ha luogo, se non apparisca chiaramente la opposta volontà del testatore (*t*);

5. un soldato, relativamente alla sostanza da lui derivante, può ad eredi estranei sostituire volgarmente anche pel caso che essi acquistino la eredità (*u*) (§ 338), e pupillarmente non solo ai figli che si ritrovano ancora sotto la sua potestà, ma benanche agli emancipati (*v*), ed anche oltre il tempo della pubertà (*x*), e senza che esso abbia fatto un testamento per sè (*y*).

E qui non vale la massima, che la sostituzione volgare comprenda in sè la pupillare (§ 343) (*z*), per lo che la sostituzione fatta da un soldato, per queste sue particolarità, si chiama *substitutio militaris;*

6. l'erede non può dedurre nè la quarta trebellianica (§ 411) nè la falcidia (§ 444) (*aa*), e

7. finalmente il testamento di un soldato non viene sempre infirmato nel modo prescritto dal Diritto comune. E perciò non vien esso rotto nè per la nascita di un postumo preterito, se il soldato sapeva che sua moglie era gravida e tuttavia ordinava che

(*i*) § 1 *Inst.* hujus tit. — fr. 24, fr. 40 D. e c. 3 C. hujus tit. Dal fr. 40 D. cit. si desume che sia valida anche la dichiarazione di ultima volontà espressa con cifre § 321.

(*k*) § 4 *Inst.* hujus tit. — fr. 9 § 1, fr. 15 § 2, fr. 23 D. hujus tit. Da questi passi di legge si ha che basti la sola volontà per revoca del testamento.

(*l*) fr. 3 D. hujus tit.

(*m*) fr. 13 § 2 D. hujus tit. — c. 5 C. eod.

(*n*) fr. 41 § 1 D. hujus tit.

(*o*) c. 22 C. I, 5 *de haeret.*

(*p*) § 6 *Inst.* II, 13 *de exered. lib.* — fr. 8, fr. 9 pr., fr. 33, fr. 36 § 2 D. hujus tit. — c. 9 C. hujus tit. Non nuoce però la preterizione a quelli che il militare senza saperlo ha preferiti, fr. 7 pr. D. hujus tit. — c. 10, C. hujus tit.

(*q*) fr. 36 pr. D. hujus tit.

(*r*) fr. 6 D. hujus tit. — c. 2 C. hujus tit.

(*s*) fr. 15 § 4, fr. 19 § 2, fr. 41 pr. D. hujus tit. — c. 8 C. *de exhered. lib.*

(*t*) fr. 37 D. hujus tit. — c. 1 C. hujus tit.

(*u*) fr. 5 D. hujus tit.

(*v*) fr. 28 D. hujus tit.

(*x*) Non acquista però il sostituito che la sostanza proveniente dal testatore, fram. 41 § 4 D. hujus tit.

(*y*) È valida perciò la sostituzione pupillare, quand'anche il testamento del padre rimanesse destituto (§ 362), fr. 15 § 5, fr. 41 § 5 D. hujus tit.

(*z*) c. 8 C. hujus tit.

(*aa*) fr. 17 § 4 D. hujus tit. — c. 12 C. h. t.

fosse escluso ogni postumo (*bb*), nè in virtù di un testamento posteriore, se il testatore non avea l'intenzione di annullare col posteriore il testamento anteriore (*cc*).

Nello stesso modo il testamento di un soldato non diventa un *testamentum irritum*, in conseguenza della di lui *capitis diminutio minima* (*dd*).

Quantunque dal fin qui detto apparisca che un soldato nella dichiarazione della sua ultima volontà sia dispensato da quasi tutte le leggi, tuttavia è anch'esso legato alle regole del Diritto comune nei seguenti punti:

a. una condizione fisicamente o moralmente impossibile vien ritenuta per non apposta (*ee*),

b. la istituzione di erede capziosa è invalida (*ff*);

c. se chi scrisse un testamento militare istituì sè stesso erede, questa istituzione ha vigore soltanto allorchè non ha luogo in generale il senatoconsulto Liboniano (*gg*),

d. finalmente un soldato non può nominare un tutore a colui che si ritrova sotto la potestà altrui (*hh*). Un testamento militare mantiene la sua forza finchè il testatore lascia lo stato militare; anzi se egli ne venne licenziato onorevolmente, ritiene la sua efficacia ancora per un anno (*ii*).

Anche i non soldati partecipano del privilegio quando seguono il campo e muoiono in paese nemico (*kk*) (*testamentum quasi militare*). Quelli che dispongono per testamento di un peculio militare senza appartenere allo stato dei soldati, possono preterire i loro successori necessarii, ma non godono di nessun altro privilegio (*ll*). Anzi essi non possono più preterire neppure i loro successori necessari dal momento che questi sono indipendenti da ogni patria potestà (*mm*).

§ 353.

Del testamento dei genitori fra i loro figli (*a*).

Se un ascendente vuol istituire eredi soltanto i suoi discendenti (*b*), deve nel testamente scritto osservare solamente quanto segue:

1. che egli nel principio del testamento esprima il tempo della sua erezione (*c*);
2. che egli scriva di proprio pugno i nomi dei figli, e
3. le rispettive loro porzioni ereditarie non con cifre, ma con lettere.

Non v'è bisogno di una sottoscrizione del testatore o di testimonii, come non

(*bb*) fr. 7 D. hujus tit. Confr. la nota 9.

(*cc*) fr. 19 pr. § 1 D. hujus tit.

(*dd*) § 5 *Inst.* hujus tit. — fr. 22, 23, D. hujus tit.

(*ee*) fr. 29 § 2 D. *de exhered. lib.*

(*ff*) c. 11 C. hujus tit.

(*gg*) fr. 15 § 3 D. hujus tit.

(*hh*) fr. 41 § 2 D. hujus tit.

(*ii*) § 3 *Inst.* hujus tit. — fr. 21, fr. 26 pr, fr. 38 § 1 D. hujus tit.

(*kk*) fr. 44 D. hujus tit — fram. un. p. § 1 D XXXVII, 13 *De bon. poss. ex test. milit.*

(*ll*) pr. § 6 *Inst.* II, 11 hujus tit. — c.37 pr. § 1 C. III, 28 *de inoff. test.* Ma sono obbligati i chierici che dispongono del loro peculio castrense o quasi-castrense a lasciare la legittima ai figli ed ai genitori, Nov. 123, c. 19.

(*mm*) c. 37 § 2 C. III, 28 eod.

(*a*) Nov. 107. — H. Schröder *De privatis parentum inter liberos dispositionibus*, Jen. 1819. — M. J. Euler *Comment. de testamento et divisione parentum inter liberos*, Berolin. 1820 e Bonnae 1823. — F. A. Fritz *La teoria del testamento dei genitori riguardo ai figli* Giessen 1822. — C. G. Müller *Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato*, Lipsiae 1826. — Andreäs *Intorno alla teoria del test. parent. inter lib.*, nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 3, p. 370.

(*b*) C'è controversia se il testatore rispetto a tutti i discendenti, e quindi anche riguardo ai nipoti, vivente ancora il figlio, possa testare o meno privilegiatamente. Dall'espressioni della Nov. 107 c. 1 « *Si tamen aut uxori aut extraneis personis aliquid voluerit relinquere* » puossi dedurre che il privilegio si estenda a tutti i discendenti.

(*c*) E ciò non solo secondo la versione volgata, ma ben anche secondo il testo originale greco, come lo ebbe a dimostrare Andreäs nella suindicata *Dissertazione*.

è neppur necessario che il testatore scriva tutto il testamento di proprio pugno (*d*).

Siccome nel resto una tale disposizione di ultima volontà ha la intera efficacia di un testamento formale; così sembra che nella medesima possa validamente aver luogo anche una sostituzione, la costituzione di un tutore, ed una diseredazione (*e*).

Siccome gli ascendenti possono in tal modo testare soltanto fra i loro discendenti (*f*), è chiaro che, se mai viene istituita erede anche una persona estranea, benchè non sia inefficace il testamento stesso, lo è tuttavia la istituzione dell'erede estraneo (*g*). Ma un legato o un fedecommesso può in tale testamento venir lasciato validamente anche ad una persona estranea (*h*), purchè sia scritto tutto dal testatore e vi sieno intervenuti cinque testimonii.

Circa la rivocazione di un tale testamento privilegiato, è da osservare la particolarità, ch'esso non vien rotto nè con una semplice rivocazione, nè con un nuovo testamento formale, ma che per ciò è necessaria la concorrenza di un nuovo formale testamento e la rivocazione innanzi a sette testimonii (*i*).

Un testamento nuncupativo tra i figli non ha verun privilegio (*k*).

(*d*) Nov. cit. secondo il testo originale.

(*e*) Confr. Wening III, 5, § 127. - Mühlenbruch III § 503 ed altri.

(*f*) c. 21 § 1 C. VI, 23 *de test. et quemadmod.* — Nov. 107 c. 1.

(*g*) c. 21 § 1 C. VI, 23 cit.

(*h*) Nov. 107 c. 1.

(*i*) Nov. 107, c. 2. — Auth. *Hoc inter liberos ad* c. 21 § 3 C. VI, 23 *De testam.*

(*k*) c. 21 § 2 C. 23 *De test.* — Nov. 107 c. 1 — Di opinione differente è Vinnio nelle *Quaest. select.* L. 2 c. 17.

§ 354.

Della divisione privilegiata dell'eredità fra i figli.

Dal testamento dei genitori fra i loro figli si distingue la divisione dell'eredità, la quale vien praticata dagli ascendenti che vogliono morire senza testamento, specialmente a motivo di togliere così l'azione *familiae erciscundae* (§ 369); e la quale ha pieno vigore, purchè venga sottoscritta o dallo stesso dividente, o dai figli (*a*).

Gli ascendenti possono ancora mutare una tal divisione; ma i figli non la possono impugnare, tanto se ne fu totalmente escluso qualcheduno di essi, quanto se la porzione assegnatagli è minore della legittima; poichè i figli, quando non vi è testamento, non possono risguardarsi come preteriti, e perciò compete loro soltanto un'azione pel conseguimento o reintegro della legittima (*b*).

§ 355.

I testamenti dei contadini, ossia di quelli che abitano nel contado.

A quelli che abitano in contado (*rusticani i. e. ruri degentes*) è permesso di far testamento con cinque testimonii se non ne possono aver sette. Se uno o l'altro di questi cinque non sa scrivere, è inoltre permesso, in un testamento scritto, che quelli che sanno scrivere sottoscrivano per gli altri che non sanno; e se mai non sa scrivere neppur uno di essi, in tal caso vengono ammessi a far testimonianza anche senza sottoscrizione; ma devono conoscere la volontà del testatore, e

(*a*) c. 16, c. 21 C. III, 36 *Famill. ercisc.* - Nov. 18, c. 7. — Nov. 107, c. 3. Confronta anche § 488 *Sui patti successorii* e Wening III, 5 § 128.

(*b*) Mühlenbruch III, § 503.

confermarla dopo la sua morte con giuramento (*a*).

§ 356.

Dei testamenti eretti durante una malattia contagiosa.

Nei testamenti eretti durante una malattia contagiosa, atteso il pericolo del contagio, non è necessario che i testimonii siano presenti simultaneamente (*a*).

(*a*) c. ult. C. VI, 23 *De test.* e la Nov. 73, c. 9. Confr. segnatamente Marezoll nell'*Arch. della Prat. civ.* IX. 3 dal principio fino alla p. 315. Secondo lui, sarebbe inoltre necessario di osservare la consuetudine del luogo dove il testamento viene eretto. Fu però dimostrato nel *Gior. crit.* di Tobinga II, 2, p. 171 e negli *Annali* di Schunk VI, 1, pag. 3 che le parole « *antiquam eorum consuetudinem* » si debbano intendere in altro senso.

(*a*) c. 8 C. VI, 23 *De test.* Secondo la lezione comune si dovrebbe leggere: *testes enim hujusmodi morbo* oppresso *eo tempore jungi atque sociari remissum est.*» alcuni però leggon invece, «*oppressis*» dal che seguirebbe che il privilegio consisterebbe in ciò che i testimonii contemporaneamente presenti non fossero tenuti a firmarsi in presenza del testatore ammalato, ma ch'essi potessero farlo anche in altro luogo, dove non fossero esposti al pericolo di contagio: così opina, a cagion di esempio, Wening. III, 5 § 130. Non ha guari Marezoll nel *Gior. del Dir. Proc. civ.* IV, 1, p. 77 si sforzò, dietro la scorta della glossa di questa Costituzione di dimostrare che in essa si tratta del caso, che un testimonio durante l'eccezione del testamento venga sorpreso dal mal caduco e che anche gli altri testimonii ovvero alcuni di essi schifando la presenza dell'ammalato, avessero perciò abbandonato la stanza, il che non osterebbe, a suo dire, alla validità del testamento quando in seguito si fossero novellamente riuniti tutti i testimonii. Ma la paura del contagio (*metus contagionis*) si riferisce soltanto ad un morbo contagioso, nè il mal caduco di regola può riguardarsi come tale. La c. 28 C. eod. a cui pure a sostegno della sua opinione riportasi Marezoll non sembra applicabile al caso in disputa, mentre Giustiniano non si richiama in essa già alla costituzione degl'imp. Diocl. e Mass., ma si riporta invece ad altri casi speciali a lui noti «*non esse ex causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis,* quod ed factum esse comperimus, *uni ex testibus contigerit* ».

Dal privilegio che fu concesso a coloro i quali fanno testamento in campagna è facile comprendere come dovesse essere difficile di raunare sette testimonii capaci di firmarsi. Sembra quindi che la c. 8 parli del caso, che uno o più testimonii, di cui voleva servirsi il testatore, fossero oppressi dal morbo contagioso, e che perciò gli altri testimonii rifiutassero di recarsi da loro; il che succedendo, sarebbe stato permesso di rimettere il documento agli stessi per la loro sottoscrizione. Il pericolo, che venga scambiato il testamento, non è certo sì grande, come s'immagina Marezoll p. 86, mentre qui si suppone che un solo oppure soltanto alcuni dei testimonii sieno indisposti, cosicchè gli altri testimonii sani supplirebbero a render completa la prova dell'autenticità. Se tale opinione non è fallace, ne conseguirebbe da sè che anche questo privilegio si limita ai testamenti scritti.

§ 357.

Dei testamenti che vengono erroneamente ritenuti per privilegiati.

Molti annoverano ancora fra i testamenti privilegiati il così detto *testamentum posterius non perfectum* (*a*), per cui gli eredi intestati preteriti in un testamento anteriore pervengono alla successione, quantunque vi siano stati chiamati alla presenza di soli cinque testimonii, purchè questi confermino con giuramento l'ultima volontà del testatore (*b*).

Un testamento per fini pii (*ad pias causas*) è bensì privilegiato secondo il Diritto canonico, ma non lo è secondo il Diritto romano (*c*).

(*a*) p. e. Heineccius *Elementa jur. civ. rom. sec. ord. Instit.* Gottinga 1796 § 463.— Mühlenbruch III, § 504.

(*b*) c. 21 § 3 C. IV, 23 *De testam.* È ben vero che così è prescritto nel Diritto romano, ma la seconda disposizione del testatore non val come testamento, ma come ultima volontà di chi muore intestato: «*secundam* (*testatoris*) *voluntatem* non quasi testamentum, *sed quasi* voluntatem ultimam intestati *valere sancimus* »... « *in qua voluntate quinque testium* juratorum *depositiones sufficiunt* ».

(*c*) La c. 1 C. I, 2 *De sacros. Eccles.* « *liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium* », su cui molti si fondano per dimostrar il contrario, non fa alcun obice; difatti l'espressione *liber stylus* non denota la facoltà di fare testamento senza osservare alcuna formalità: con quelle parole l'imperatore Costantino volle soltanto indicare che anche le chiese cristiane, quali comunità permesse, potevano acquistare in avvenire per atto di ultima volontà, mentr'esse prima sotto gl'imperatori pagani erano incapaci di succedere, pari in ciò alle comunità ebraiche. Questa interpretazione apparisce confermata an-

TITOLO VII.

Dell'acquisto della eredità.

§ 358.

Veduta generale.

Per diventar vero successore del defunto non basta la semplice delazione della eredità, ma si richiede che l'eredità devoluta venga anche veramente acquistata. Considereremo pertanto l'acquisto della eredità, le sue diverse specie ed i suoi effetti giuridici; poichè all'acquisto della eredità nascono in parte obblighi verso i creditori del defunto, verso i coeredi e verso i legatarii, e parte diritti, i quali consistono precipuamente nella capacità di trasferire nuovamente la eredità ai proprii eredi, nonchè in diverse azioni ed interdetti (*a*). Ciò formerà l'oggetto del titolo presente (*b*).

§ 359.

Eredi necessarii e non necessarii.

L'acquisto dell'eredità si fa o per sè (*ipso jure*) senza consaputa, anzi pure contro la volontà dell'erede, o mediante una dichiarazione espressa ovvero tacita di quello a cui l'eredità si devolve. *Ipso jure* acquistano la eredità gli eredi necessarii, così chiamati perchè nel momento stesso della delazione dell'eredità essi la acquistano, tanto se vogliono, come se non vogliono.

A questi appartengono:

1. gli schiavi del testatore. Chi sospettava che la propria facoltà fosse passiva soleva istituir erede il proprio schiavo, affinchè se i creditori non venivano soddisfatti, venisse fra loro divisa la facoltà dell'erede, anzi che quella del testatore (*a*). Gli schiavi proprii se sono istituiti non possono esimersi dall'essere eredi (§ 362 I.), ma acquistano poi la libertà, e vengono chiamati semplicemente eredi necessarii (*heredes necessarii*) (*b*).

2. Appartengono a questi gli eredi necessarii in linea discendente (*sui*). Chi venga chiamato *suus* riguardo all'acquisto dell'eredità, l'abbiamo già spiegato in un altro luogo (§ 299) (*c*): dobbiamo soltanto aggiungere ch'essi pure vengono chiamati eredi necessarii, perchè devono del pari esser eredi, tanto se vogliono come se non vogliono (*sui et necessarii*), e che il padre mediante il suo testamento può far sì che il suo discendente, se fu istituito sotto una condizione potestativa, cessi di essere un così detto *suus* (*d*).

Siccome dunque anche i *sui et necessarii* acquistano *ipso jure* l'eredità, così è chiaro che ciò che per essi chiamasi prendere ingerenza nell'eredità (*immixtio, immiscere se hereditati*) non è un dichiarare ch'essi vogliono essere eredi, ma che eglino

che dalla c. 13 C. eod. *alia omni juris ratione munitum sit.* Voet *Comm. ad Pand.* lib. XXVIII, tit. 1, n. 19.

(*a*) Del *jus accrescendi* che a questa materia parimenti appartiene tratteremo ai §§ 402-404; e del diritto di vendere la eredità, nella teoria delle obbligazioni (§ 520).

(*b*) *Inst.* II, 19 *De heredum qualitate et differentia.* — D. XXIX, 2 *De adquirenda vel omittenda heredit.* C. VI, 30 *De jure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate.* — C. VI, 31 *De repudianda et de adunda vel adquir. hereditate.* — E. Cr. Westphal *Commentario sistematico delle leggi concernenti la presentazione e la pubblicazione dei testamenti, l'accettazione e ripudio della eredità, i diritti e i doveri dell'erede e i rimedj di diritto possessorii, e petitorii, che gli competono*, Lipsia 1790.

(*a*) § 1 *Inst.* II, 19 *De hered. qual. et diff.*

(*b*) c. 5 C. VI, 27 *De necessaris servis.* — § 1 *Inst.* II, 19 cit.

(*c*) Secondo il § 2 *Inst.* cit., vengono così appellati «*quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*».

(*d*) fr. 80 § 1 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — fram. 12 D. XXVIII, 7 *De cond. ist. Verba haec* «*Publius Maevius, si volet, heres esto*», *in necessario conditionem faciunt, ut si nolit, heres non existat.*

sono d'avviso di ritenere la eredità acquistata (*e*). In egual modo segue dal fin qui detto, che gl'impuberi acquistano la eredità senza l'autorizzazione del tutore, e i furiosi senza consenso dei curatori (*f*), e che un testamento, in cui fu istituito un *suus*, non può venir destituito (*g*).

Tuttavia ai *sui* che non vogliono ritenere la eredità, venne in sussidio il Pretore col *beneficium abstinendi* (§ 362).

§ 360.

Eredi estranei.

Quelli che possono a loro beneplacito accettare o ripudiare la eredità si chiamano eredi estranei o volontarii (*heredes extranei, voluntarii*) (*a*), ai quali appartengono anche i figli che non sono più soggetti alla podestà del testatore (*b*).

Se gli eredi estranei dichiararono espressamente di voler ritenere la eredità devoluta in virtù del Diritto civile, in tal caso questa dichiarazione si chiama adizione dell'eredità (*aditio hereditatis*) (*c*): se poi la volontà di accettar la eredità si desume da tali fatti che soltanto l'erede può intraprendere, allora si chiama *pro herede gestio* (*d*).

Se l'eredità si devolve in virtù del Diritto Pretorio (§ 302), in tal caso non si può acquistare nè *ipso jure*, nè mediante una semplice dichiarazione della volontà, ma deve venir riconosciuta in giudizio (*agnitio bonorum possessionis*) (*e*).

L'adizione dell'eredità e l'*agnitio bonorum possessionis* convengono bensì in molti punti, ma in molti altri anche discordano (*f*).

Ciò in che si accordano è quanto segue:

I. Tanto in una che nell'altra si richiede che colui il quale vuol acquistare la eredità ne conosca la delazione, il fondamento e la specie di questa delazione (*g*). Nella istituzione di erede condizionata non basta per l'adizione che siasi avverata la condizione, ma l'erede deve anche sapere che essa sia avverata (*h*). Se l'erede incondizionato crede di esser chiamato sotto una condizione, soltanto dopo l'avverarsi della medesima può egli farne l'adizione (*i*).

II. Tanto l'erede che il possessore dei beni devono dichiarare la loro volontà liberamente (*k*); senza condizione,

(*e*) c. ult. C. VI, 30 *De jure delib.* - fr. 20 § 1 4, D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.*

(*f*) § 3 *Inst.* III, 1 *De hered. quae ab. intest. def.*

(*g*) fr. 30 § 10 D. XL, 5 *De fideicomm. libert.*

(*a*) pr. § 5 *Inst.* II, 19 *De hered. qual. et diff.*

(*b*) § 3 *Inst.* eod.

(*c*) § 6 *Inst.* eod. Che in tempi più remoti per l'adizione della eredità varie formalità fossero necessarie, lo si desume in parte da diversi passi di legge, confr. p. e. il fr. 90 pr. D. XXIX, 2 *De adquir. vel. omitt. hered.* — fr. 77 D. L, 17 *De reg. jur.*, ed in parte dalla *formula cretionis*, la quale un tempo in qualche occasione si adoperava. Intorno alla così detta *cretio*, vedi le *Inst.* di Gajo II, 164-173. Essa venne tolta dalla c. 17 C. VI, 30 *De jure delib.*

(*d*) fr. 20, fr. 69 in fine, fr. 86 § 2, fram. 88 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.*

(*e*) c. 3, 7 D. VI, 9 *Qui admitt. ad bon. poss.*

(*f*) C. H. Gmelin *De convenientiis et differentiis inter hered. et bon. poss.*, Gottinga 1808.

(*g*) fr. 19, fr. 22, fr. 32 § 1 D. XXIX, 2.

(*h*) fr. 21 D. XXXV, 1 *De cond.* Se però taluno crede di essere stato istituito erede incondizionatamente, potrà adire la eredità se anche senza sua saputa siasi avverata la condizione. In questo modo puossi combinare il fr. 21 § 3 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* col suaccennato passo di legge. Confr. Gottofredo intorno a questo fr. nel *corp. jur. civ.*

(*i*) fr. 34 § 1 D. XXIX, 2 hujus tit.

(*k*) c. 16 C. VI, 30 *De jure delib.* Se taluno per timore o violenza sia stato indotto ad accettare la eredità, non ne consegue che l'adizione sia perciò invalida, ma se ne possono impedire le conseguenze mediante la restituzione in intiero, fr. 21 § 5 D. IV, 2 *Quod metus causa.* — fr. 85 D, XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* Non vi si oppone il fr. 6 § 7 D. eod., che tratta di un caso speciale, come lo si conosce dalle espressioni: « *eum qui metu. . .* fallens *adierit. hereditatem.* » Molti credono che la parola *fallens* significhi si-

ed appunto così come l'eredità vien devoluta (*l*), e relativamente a tutta la sostanza e non soltanto ad una parte di essa (*m*).

III. Siccome nè l'adizione dell'eredità, nè l'*agnitio bonorum possessionis* contengono in sè una presa di possesso (§ 190); così per acquistare il possesso delle cose ereditarie è necessario un atto speciale (*n*).

Quando una volta si è fatta l'adizione dell'eredità, o l'*agnitio bonorum possessionis,* si ritiene che l'eredità sia passata agli eredi immediatamente al momento della morte del defunto (*o*).

Ciò in cui differiscono è quanto segue:

1. Il possesso de' beni deve esser riconosciuto in Giudizio (*p*), l'adizione dell'eredità si può fare anche stragiudizialmente.

2. L'erede non può adire l'eredità mediante procuratore, ma dee farlo immediatamente egli stesso (*q*), e perciò gl'impuberi, che hanno già oltrepassati gli anni dell'infanzia, i prodighi, e i minorenni devono dichiarare essi medesimi la loro volontà; soltanto è necessario, come già s'intende per sè, nel primo caso l'autorizzazione del tutore, e nel secondo l'assenso del curatore (*r*).

Come eccezione, è da osservare che il padre può acquistare l'eredità in nome del figlio che si ritrova nella di lui potestà (*s*), ed il tutore in nome dell'impubere, il quale non abbia ancora compiuto il settimo anno (*t*).

Un figlio di famiglia il quale abbia già compiuti gli anni dell'adolescenza, può col consenso del padre (*u*), e se sia giunto alla pubertà, anche senza il di lui consenso, acquistare la eredità (§ 150 nota *v*); all'opposto poi anche il padre può adire l'eredità per sè (*v*), se non vuole accettarla il figlio.

Il possesso de' beni può venir domandato anche per mezzo di un procuratore (*x*). Perciò il tutore può solo in nome del pupillo, ed il padre in nome del figlio riconoscere il possesso de' beni (*y*); anzi basta anche l'approvazione susseguente, se qualcheduno ha riconosciuto il possesso de' beni senza il mandato (*z*); purchè l'appro-

mulazione. Confr. Glück V, p. 474. Chi fu indotto per inganno ad accettare la eredità od a riconoscere il possesso de' beni ha contro l'ingannatore l'*actio de dolo*, fr. 40 D. IV, 3 *De dolo malo.* Neppure l'errore osta all'acquisto della eredità, quando però non risguardi la specie dell'adizione, fr. 34 pr., fr. 96 D. XXIX, 2 hujus tit. Siccome l'erede e il possessore dei beni devono dichiarare liberamente la loro intenzione, ne consegue ch'essi debbano essere capaci di esternare validamente la loro volontà. Confr. le note *r, s, t, u,* di questo §.

(*l*) fr. 51 § 2 D. hujus tit. — fr. 77 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*m*) fr. 1, fr. 2, fr. 53 D, XXIX, 2 hujus tit.

(*n*) fr. 23, pr. fr. 30 § 5 D. XLI, 2 *De adquir. vel. amitt. poss.*

(*o*) fr. 54 D. XXIX, 2 hujus tit. — pr. 138 pr., fr. 193 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*p*) Anticamente conveniva riconoscere il possesso de' beni in modo solenne innanzi il pretore, od il preside, ma più tardi fu stabilito che per l'acquisto dell'eredità bastar debba ogni dichiarazione di volerla accettare fatta innanzi qualsiasi giudice, § 7 *Inst.* III, 9 (10) *De bonor. poss.* confr. colla c. 9 C. VI, 9 *Qui admitt. ad bon. poss.* Veggasi inoltre la c. 1 e 2 C. VI, 69 *Comm. de success.* Di regola per altro non si richiede un decreto giudiziale.

(*q*) fr. 90 pr. D. hujus tit. — fr. 54 pr. D. XLI, 1 *De adquir. rer. dom.*

(*r*) fr. 9 § 3 D. XXVI, 8 *De auct. et consensu* — fr. 5 § 1 fr. 9 D, XXIX, 2 hujus tit. — c. 5, c. 18 § 4 C. VI, 30 *De jure delib.* Rispetto ai furiosi veggasi il § 395.

(*s*) c. 18 pr. C. VI, 30 eod.

(*t*) c. 18 § 2 C. eod.

(*u*) c. 18 § 4 C. eod.

(*v*) c. 8 pr. § 1, 2 C. VI, 61 *De bonis quae libert.* Confronta Löhr nell *Arch. della Prat. civ.* II, 2, p. 196.

(*x*) fr. 3 § 7, fr. 7, fram. D. XXXVII, 1 *De bon. poss.*

(*y*) fr. 7 § 1, fr 11 D. XXXVII, 1 eod. — c. 7 C. VI, 9 *Qui admitt. ad bon. poss.*

(*z*) fram. 65 pr. D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — fr. 3 § 7 D. XXXVII, 1 *De bon. poss.*

vasione segua entro il tempo legale (V. la penultima nota di questo §) (*aa*). Se quegli per cui un terzo domandò la *bonorum possessio* è diventato maniaco, in tal caso la sua approvazione viene presunta (*bb*).

3. La eredità si può adire bensì subito dopo la sua delazione, non mai però prima della medesima (*cc*).

Il possesso de' beni si può chiedere soltanto dopo la morte del testatore, ma anche prima del giorno della delazione, se la istituzione di erede si fece sotto una condizione la quale sia ancora pendente (§ 349 nella nota *b*), o se la eredità s'è devoluta ad un altro, il quale sia in dubbio di accettarla o non accettarla (*dd*).

4. Il possesso de' beni deve esser chiesto entro un anno dagli ascendenti e discendenti, e da altre persone entro 100 giorni dal momento in cui essi ebbero notizia che l'eredità sia loro devoluta (*ee*), e quelli che per più ragioni possono domandare il possesso de' beni, nel caso che sia già trascorso un termine, p. e. quello per la *bonorum possessio secundum tabulas*, hanno il diritto di chiedere ancora la successiva *bonorum possessio ab intestato* (*ff*); locchè tutto si regola diversamente nell'adizione della eredità (§ 363).

5. Un' ulteriore differenza verrà ancora spiegata nel § 374 relativamente alla trasmissione della eredità.

§ 361.
Unità di persona tra il defunto e l'erede.

L'acquisto dell'eredità fa sì che l'erede ed il defunto vengono tenuti per una persona sola (*a*). Da ciò nasce la confusione della facoltà dell'erede con quella del defunto (*b*), e la necessità di pagare in proporzione della quota ereditaria (*c*) tanto i debiti del defunto (*d*), ad eccezione di quelli che di loro natura si estinguono colla morte (*e*), quanto anche i legati e fedecommessi, quantunque la sostanza ereditaria non fosse a ciò sufficiente (*f*).

Soltanto i soldati non sono mai obbligati di pagare i creditori della massa ereditaria oltre le forze dell'eredità, ma bensì i legatarii e fedecommessarii (*g*).

La scambievole confusione de' beni produce inoltre l'effetto, che i diritti ed obblighi che esistevano reciprocamente fra l'erede ed il defunto resta-

(*aa*) fr. 5 pr. pr. D. XXXVIII, 15 *Quis ordo in bon. poss.* — fr. 24 pr. D. XLVI, 8 *Ratam rem haberi.*

(*bb*) fr. 16 D. XXXVII, 1 *De bon. poss.*

(*cc*) fr. 3, fr. 13 pr. § 2, fr. 21 § 2, fr. 27, 69, 94 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* Se per altro il testatore venne ucciso colla violenza, l'adizione dell'eredità resta sospesa fino a che sia terminata l'inquisizione giudiziale, fr. 1 § 21, fr. 3 § 29, fr. 5 § 2, 3 D. XXIX, 5 *De senatuscons. Silaniano.* — c. 9 C. VI, 35 *De his, quibus ut indignis.*

(*dd*) fr. 42 § 2 D. XXXVIII, 2 *De bonis. libert.* — c. ult. C. VI, 9 *Qui admitt. ad bon. poss.*

(*ee*) fr. 1 pr. § 9 § 12 D. XXXVIII, 9 *De success. edict.* Questo termine è utile *ratione initii et cursus.* fr. 2 pr. § 1-3 D. XXXVIII, 15 *Quis ordo in poss. serv.* (§ 99).

(*ff*) fr. 1 § 10, 11 D. XXXVIII, 9 *De success. edicto.*

(*a*) fr. 37 D. XXXIX, 2 *De aquir. vel omitt. hered.* — fr. 59 D. L, 17 *De reg. jur.* — Nov. 48 pr.

(*b*) fr. 75, fr. 95 § 2 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*c*) A meno che il debito non fosse indivisibile, nel qual caso ciascuno del coeredi risponde di tutto il di lui importo, fr. 17 D. VIII, 1 *De servit.* — fr. 2 25 § 10-13 D. X, 2 *Famil. ercisc.* — fr. 2 § 2 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*—fr. 24 D. XLVI, 1 *De fidejuss. ed mandator.* — c. 1, 2 C. VIII, 52 *si unus ex pluribus.*

(*d*) fr. 8 pr. D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* — c. 10, c. 22 § 14 C. VI, 30 *De jure delib.*

(*e*) Tali sono per esempio i diritti dei coniugi, della patria podestà, della tutela, le servitù personali e simili § 299.

(*f*) Nov. 1, cap. 2 § 2. Intorno al fondamento di questa obbligazione veggasi § 5 *Inst.* III, 28 *De oblig. quae quasi ex contractu nasc.*

(*g*) c. 22 pr. § 15 C. VI, 30 *De jure delib.* comp. colla Nov. 1, cap. 2 § 2 e colla c. 4 § 2.

no estinti (*h*), e che l'erede deve riconoscere ed adempiere ciò che il testatore dispose delle cose di lui, non altrimenti che se ne avesse disposto egli stesso (*i*), e che finalmente l'erede dell'erede succede anche nei beni acquistati da questo e non può separare una eredità dall'altra (*k*).

Affinchè poi l'erede non s'avesse in tal modo a pregiudicare coll'adizione della eredità si sono introdotti i così detti beneficii ***abstinendi, deliberandi,*** ed ***inventarii.***

§ 362.
Del beneficio abstinendi.

Il ***beneficio abstinendi*** introdotto dal Pretore è la libertà concessa ai ***sui*** (§ 359) di rinunziare ad un'eredità acquistata ***ipso jure*** (*a*). Chi fa uso di questo beneficio legale cessa di esser erede in quanto si tratta dei di lui diritti ed obblighi nati dall'acquisto dell'eredità (*b*); ma relativamente ai diritti che competono ad altri, egli viene sempre risguardato come erede, e perciò un testamento in cui venne istituito erede un ***suus,*** non può mai venir destituito (*c*), cosicchè restano in vigore i legati, i fedecommessi, e le sostituzioni pupillari (*d*).

Tuttavia cessa questo beneficio legale se è già trascorso il tempo destinato per valersene (§ 363), se il ***suus*** distrasse o fece distrarre qualche cosa dall'eredità (*e*). o mediante una persona intermedia comperò delle cose appartenenti alla eredità (*f*), o si dichiarò di voler ritenere la eredità (§ 359 nota *e*); tuttavia ad un impubere resta anche nell'ultimo caso ancora la libertà di astenersi dalla eredità (*g*), ed un minorenne, se l'eredità gli è svantaggiosa, può domandare la restituzione in intiero (*h*).

Del resto i ***sui*** possono anche tacitamente, cioè con atti concludenti, far uso di quel benefizio legale (*i*).

Se un ***suus*** muore ancor prima di dichiararsi se voglia ritenere o rinunziare l'eredità, e lascia un figlio che sia successore necessario, in tal caso anche il nipote ha lo stesso diritto del padre, cioè di astenersi dall'eredità dell'avo (*k*). Secondo Cajo, anche ad uno schiavo competeva il ***beneficio abstinendi,*** s'egli nel testamento era stato libero, ed istituito erede (*l*).

§ 363.
Del beneficio deliberandi.

Il ***beneficio deliberandi*** è il diritto accordato all'erede di riflettere se abbia ad accettare o ripudiare un'eredità devolutagli. Prima di Giustiniano non era fissato alcun tempo entro cui si avesse dovuto adire la eredità, e perciò questo diritto si estingueva come altri diritti, soltanto col decorso di trent'anni, tranne se il testatore

(*h*) fr. 9 D. VIII, 4 *Communia praed.* — fr. 29 D. XIII, 7 *De pignor. act.* — fr. 116 § 4 D. *De legat.* I. — fr. 95 § 2 D. XLVI, 3 *De solut.* — c. 5 C. IV, 16 *De hered. act.*

(*i*) c. 3 C. IV. 51 *De reb. alien. non alienand.* — c. 14 C. VIII, 45 *De evict.*

(*k*) fr. 3 D. V, 3 *De hered. pet.* — fr. 10 § 2 D. XXVIII, 6 *De vulg. et pup. subst.* — fr. 7 § 2 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* — c. 14 C. VI, 24 *De hered. inst.*

(*a*) fr. 57 D. XXIX, 2 *De adquir. vel om. hered.*

(*b*) fr. 12 pr. D. XI. 1 *De interrog. in jure fac.* — fr. 20 § 4 D. XXIX, 2 *De adquir. vel om. hered.*

(*c*) fr. 30 § 10 D. XL. 5 *De fideicomm. libert.*

(*d*) fr. 44 D. XLII, *De re judicata.* — fr. 27 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — fr. 12 D. XXVIII, 6 *De vulg. et pupill. subst.*

(*e*) fr. 71 § 3-9 D. XXIX, 2 *De adquir. vel om. hered.*

(*f*) fr. 91 D. eod.

(*g*) fr. 57 pr. D. eod.

(*h*) fr. 57 § 1 D. eod.

(*i*) Kaufmann § 198.

(*k*) fr. 7 § 1 D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.* Confr. Marezoll *Sulla dottrina dei così detti casi di trasmissione* nel *Gior. del Dir. e Proced. civ.* II, 1 pag. 85.

(*l*) Gaji II § 160.

stesso (*a*), o il Giudice ad istanza di quelli che n'erano interessati, avesse fissato un certo tempo per l'adizione (*b*), o se un successore necessario avesse voluto accampare la querela *inofficiosi testamenti*, nel qual caso l'erede istituito doveva dichiarare la sua volontà entro sei ovvero dodici mesi decorribili dalla morte del testatore (*c*).

In seguito Giustiniano stabilì primamente il termine a deliberare di un anno decorribile dal giorno che seguì la notizia della delazione dell'eredità; cosicchè se l'erede morisse durante quel termine, il tempo che ancora manca a compier l'anno, resta a beneficio de' suoi successori; ma se egli dopo il decorso di un anno non dichiarò peranco la sua volontà, vengono esclusi dalla successione tanto egli stesso quanto i suoi successori (*d*).

Ma lo stesso Giustiniano ha poi modificata questa ordinazione nel modo seguente:

1. Chi crede dover ripudiare l'eredità, deve farlo entro tre mesi dal momento ch'egli ebbe notizia di esser erede; s'egli nol fece, è obbligato di accettare la eredità (*e*);

2. Ma l'erede può adire l'eredità anche immediatamente, e s'egli provvide per la confezione di un inventario, non solo non ne risente egli alcun pregiudizio, ma acquista anzi dei diritti speciali di grande importanza (§ seg.). Ma s'egli omise la confezione di un inventario, resta privo di tali vantaggi;

3. Chi non vuol far uso del beneficio legale dell'inventario, e neppure adire la eredità entro tre mesi, può impetrare dal Principe il termine di un anno a deliberare, e di nove mesi dal Giudice (*f*).

S'egli entro questo tempo adì, ovvero non ripudiò la eredità verso i creditori, resta egli obbligato anche oltre le forze dell'eredità, quantunque assunto ne avesse l'inventario, ma in confronto dei legatarii può esso far uso del benefizio della legge Falcidia. Se poi non fece inventario, deve esso pagar per intiero anche i legati.

S'egli, durante il termine a deliberare, ripudiò la eredità, si deve questa restituire agli eredi chiamati in appresso in base all'inventario, o se non ne fu assunto alcuno, dietro la manifestazione giurata di quelli che la ricevono, avuto riflesso alla moderazione che il Giudice vi avesse fatta (*g*).

L'erede durante il termine a deliberare può esaminare lo stato dell'eredità, e chiedere a tal fine l'ispezione del testamento e dei conti da quello presso cui si ritrovano (*h*), ed in

(*a*) fr. 72, fr. 86 pr. D. XXIX, 2 *De adquir. vel omitt. hered.*

(*b*) In tal caso però il termine doveva essere almeno di 100 giorni, fr. 2 D. XXVIII, 8 *De jure deliber.* Se l'erede avesse lasciato trascorrere il tempo fissato dal giudice senza dichiararsi, perdeva il diritto d'adizione, fr. 23 § 1, 2 D XXVIII, 8 *De hered inst.* — fr. 69 D. XXIX, 2 *De adquir. vel om. hered.*

(*c*) Entro sei mesi, se l'erede istituito e il successore necessario abitavano nella stessa provincia, altrimenti entro 12 mesi, c. 36 § 2 C. III, 28 *De inoff. test.* Se l'erede istituito non si dichiarava entro questo termine, il giudice doveva a ciò astringerlo, c. 36 § 2 C. eod.

(*d*) c. 19 C. VI, 30 *De jure delib.* Altramente interpreta questa Costituzione Schöman nel suo *Manuale di Dir. c.* II, n. 12. Veggasi però Mühlenbruch *Doctr. Pand.* III, § 508 not. 8.—Confr. anche Thibaut *Saggi* II, p. 183 nella Dissert. che porta per titolo: *Confutazione delle teorie finora conosciute intorno il diritto di adizione, di deliberazione e di trasmissione dell'erede.*

(*e*) c. 22 § 1 C. VI, 30 cit. Confr. segnatamente Marezoll. nell'*Arch. della Prat. c.* VIII, 2, p. 268.

(*f*) c. ult. § 13 C. cit.

(*g*) c. ult. § 14 C. eod. Confr. Muhlenbruch e Marezoll, ai quali ci siamo in questa materia attenuti.

(*h*) fr. 28 D. XXXIX, 2 *De adquir. vel om. hered* — fr. 5 D. XXVIII, 8 *De jure delib.*

particolare possono i figli del defunto pretendere dalla massa ereditaria gli alimenti durante il termine a deliberare (*i*).

§ 364.
Del beneficio legale dell' inventario.

Siccome il Diritto di deliberare non procaccia all'erede una sicurezza assoluta di non venir obbligato oltre le forze dell'eredità, così introdusse Giustiniano il beneficio legale dell' inventario (*beneficium inventarii*). L'erede deve cominciare ad erigere l' inventario entro trenta giorni dal momento ch'ebbe notizia della delazione dell'eredità, e terminarlo entro sessanta giorni, o se l'erede è alquanto distante dal luogo dove si trovano gli effetti ereditarii o la maggior parte di essi, entro un anno dalla morte del testatore (*a*).

Vi si deve poi far intervenire un Notaro ed i legatarii e fedecommissarii che si ritrovassero nella stessa città, o in mancanza di quelli, tre uomini degni di fede (*b*). Inoltre si deve esprimere la somma dell'asse ereditario, ed aggiungervi la dichiarazione che non si occultò nulla per malizia (*c*): finalmente deve l'erede sottoscrivere l' inventario, o se egli non sa scrivere, deve sottoscriverlo per lui un Notaro chiamato a bella posta per ciò, e deve l'erede apporvi di proprio pugno una croce (*d*).

I vantaggi dell' inventario sono i seguenti:

1. Durante la confezione dell' inventario l'erede non può venir impetito nè da creditori, nè da legatarii e fedecommessarii (*e*);

2. Neppur dopo la confezione dell' inventario non è mai obbligato oltre le forze dell'eredità (*f*);

3. Le azioni che gli competevano contro il defunto non vengono confuse, ma collocate anzi al posto che loro compete, non altrimenti che le azioni di altri creditori (*g*): anche le disposizioni fatte dal testatore circa le cose a lui appartenenti non è egli obbligato di riconoscere, se non in quanto ne può ottenere il reintegro dalla massa ereditaria (*h*);

4. prima di soddisfare le pretese dei creditori e fedecommessarii, può egli dedurre le spese del funerale e quelle dell' inventario (*i*), e

5. di tutto quello che resta dopo il pagamento dei creditori trattenere per sè la quarta parte, secondo la legge Falcidia o Trebelliana (*k*) (§§ 444 e 411);

6. egli può vendere gli effetti ereditarii, i quali se erano affetti di pegno, in virtù della vendita ne vengono liberati in maniera, che i compratori non possono venir impetiti dai creditori ipotecarii (§ 258 nota *h*);

7. finalmente egli può soddisfare qualsiasi dei creditori e legatarii, senza doversi punto curare dei loro privilegii, e prerogative; tuttavia ai creditori ipotecarii che sono più anziani, od hanno un diritto più forte, resta libero d' insorgere coll'azione ipotecaria, o colla *condictio indebiti* contro i creditori posteriori, o contro i legatarii, o di rivendicare le cose ch'essi conseguirono dalla eredità (*l*).

(*i*) fr. 9 D. XXVIII, 8 eod.
(*a*) c. 22 § 2, 3, 11 C. VI, 30 *De jure delib.*
(*b*) c 22 § 2 C. eod. — Nov. 1, cap. 2 § 1.
(*c*) Si deve restituire due volte ciò ch' è stato trafugato dolosamente, c. 22 § 10 C. eod.
(*d*) c. 22 § 2 C. eod.
(*e*) c. 22 § 11 C. eod.
(*f*) c. 22 § 4 C. eod.
(*g*) c. 22 § 9 C. eod.
(*h*) c. 22 § 4 C. eod. — Voet *Comm.* lib. VI, tit. 1 § 16 in fine.
(*i*) c. 22 § 9 C. eod. Confr. per altro § 270.
(*k*) c. 12 § 4 C. eod.
(*l*) c. 22 1 5, 6 C. eod.

Del resto il beneficio legale dell'inventario non abolì il diritto di deliberare, ma l'erede può far uso o dell'uno o dell'altro; ma se qualcheduno impetrò un termine per deliberare, non può più far uso del beneficio legale dell'inventario (*m*).

§ 365.
Obblighi nascenti dall'adizione dell'eredità verso i coeredi.

Gli obblighi che nascono dall'adizione dell'eredità verso i coeredi sono i seguenti:

I. Il coerede, in quanto se ne ritrova in possesso, deve amministrare debitamente l'eredità comune;

II. non può impedire la divisione della medesima;

III. egli deve talvolta adattarsi a conferire nella massa ereditaria quanto avea preventivamente acquistato.

Il primo obbligo appartiene alla teorica delle obbligazioni, e perciò ne tratteremo in essa (§ 586). Dei due altri poi ne tratteremo qui.

§ 366.
Della divisione dell'eredità.

La divisione dell'eredità ha luogo talvolta per l'ultima volontà del testatore, il quale o divide egli stesso la sua facoltà (§ 354), e lascia ad ogni successore necessario almeno la legittima, oppure ne incarica un terzo della divisione (*a*), talvolta dietro accordo degli eredi, i quali dividono fra loro la massa ereditaria, oppure nominano a tal uopo un arbitrio (§ 546) (*b*), e talvolta mediante autorità giudiziale in seguito all'azione *familiae erciscundae* (§ 369).

Ogni erede può instare per la divisione (*c*), purchè egli abbia il diritto di liberamente disporre dei proprii beni; poichè siccome la divisione dell'eredità contiene in sè una specie di alienazione (*d*), così i minorenni non la possono chiedere senza un decreto del giudice (*e*). Nè una proibizione del testatore nè una intelligenza fra gli eredi può impedire la divisione, tranne se tale intelligenza avesse di mira soltanto un certo determinato tempo (*f*): e ad essa divisione è soggetta l'intera facoltà del testatore ad eccezione, come già s'intende da sè, di ciò che è indivisibile.

Fra le cose giuridicamente (legalmente) indivisibli si annoverano:

1. quelle che a motivo del pubblico bene, o dei buoni costumi, furono tolte dal commercio, come cattivi farmachi, veleno, libri proibiti, poichè tali cose devono venir distrutte (*g*);

2. documenti che non si riferiscono ad un solo erede, e questi sono da consegnarsi a colui che ha la maggior parte dell'eredità; o, se sono istituiti tutti in eguali porzioni, e non s'accordano fra loro sulla persona che debba custodire i documenti, in tal caso devono tirar le sorti, o d'unanime consenso o per maggiorità di voci eleggere un amico per depositario, o depositar la scrittura in una Chiesa (*h*);

3. le servitù, poichè queste possono essere esercitate da ogni possessore (§ 272, 5).

(*m*) c. 22 § 13 C. eod.

(*a*) fr. 20 § 3, fr. 32 33, 39 § 6 D. X, 2 *Famil. ercisc.* — fr. 36 D. XXVIII, 5 *De hered. inst.* — c. 10 C. III, 36 *Famil. ercisc.*

(*b*) c. 30 C. II. 3 *De pactis.*

(*c*) fr. 43 D. X, 2 *Famil. ercisc.*

(*d*) fr. 20 § 3 D. X, 2 eod. — c. 1 C. III. 38 *Communia utriusque judicii.*

(*e*) Ma se un maggiorenne domandò la divisione, allora il minorenne non ha bisogno di decreto, fr. 7 pr. D. XXVII, 9 *De rebus eorum, qui sub. tutela.* — c. penult. C. V, 71 *De praed. et. al. reb. minor.*

(*f*) fr. 14 § 2 D. X, 4 *Comm. divid.* — c. 5 C. III, 37 *Comm. div.*

(*g*) fr. 4 § 1 D. X, 2 *Famil. ercisc.*

(*h*) fr. D. eod. Confr. anche il fr. 4 § 3 D. eod.

4. i monumenti sepolcrali di famiglia (*i*);

5. le pretese attive e passive, poichè queste vengono ritenute come divise già per sè, cosicchè i singoli eredi possono impetire ed essere impetiti in ragione della loro quota ereditaria (confr. § 240, 6) (*k*).

Una pretesa attiva poi può o dagli stessi coeredi o dal giudice venir aggiudicata ad un solo (*l*); ma i debiti non possono venir assegnati ad un solo in modo, che anche i creditori contro la propria volontà debbano attenersi a quel solo (*m*); tranne se il testatore avesse adossato ad un solo dei coeredi il *legatum debiti* (§ 425), e il creditore l'avesse mandato (*n*).

Nella divisione si deve soprattutto aver riguardo alla volontà del testatore (*o*) e degli stessi coeredi. Se questi non si possono fra di loro accordare, il danaro e tutto ciò che è divisibile fisicamente si divide in questa maniera; il resto che non è suscettibile di una tale divisione naturale, viene aggiudicato al maggior offerente (*p*), o a quello che fra eguali offerenti ha la maggior porzione ereditaria (*q*).

Ma se le condizioni sono tutte eguali, allora decide la sorte, e gli altri vengono soddisfatti in proporzione in danaro o con altri effetti (*r*).

Se gli eredi non offrono per una cosa verun prezzo, essa devesi, di regola, alienare al pubblico incanto (*s*); o se non può venir venduta, essa resta in comune, e gli eredi ne hanno vicendevolmente l'usufrutto (*t*); e se non vi è altro mezzo, deve decider la sorte (*u*).

In generale finalmente deve il giudice o l'arbitrio procedere alla divisione nel modo più corrispondente alla natura della cosa ed all'utile dei coeredi (*v*).

§ 367.
Effetti della divisione.

Se la divisione fu fatta dal giudice, la proprietà passa agli eredi mediante la sola aggiudicazione (*a*) (§ 220 nota *a*), ma nella divisione stragiudiziale soltanto mediante consegna (*b*).

Se fra i coeredi sono state divise delle cose altrui, è da osservarsi quanto segue riguardo all'evizione (§ 489): se la divisione fu fatta dai coeredi stessi, da un arbitrio o dal giudice, si deve sempre prestar l'evizione (*c*); anzi se venne intentata l'azione *familiae erciscundae*, deve il giudice provvedere che per l'evizione venga prestata garanzia (*d*).

Se la divisione fu fatta dal testatore medesimo, si deve distinguere se il coerede abbia acquistata la sua porzione come prelegato, o come quota ereditaria.

Nell'ultimo caso i figli si prestano reciprocamente evizione (*e*), ma

(*i*) c. 4 C. III, 44 *De religios.*

(*k*) fr. 25 § 1. D. X, 2 *Famil. ercisc.* — 6 C. III, 26 eod.

(*l*) fr. 1, fr. 5, fr. 3 D. X, 2 *Famil. ercisc.*

(*m*) fr. 3 D. eod.

(*n*) fr. 20 § 5 D. X, 2 eod. — fr. 69 § 2 D. *De legat.*

(*o*) arg. c. 10, c. 21 C. III, 36 *Famil. ercisc.*

(*p*) fr. 22 § 1 D. X, 2 *Famil. ercisc.* — arg. fr. 26 § 2 *De legat.* I.

(*q*) arg. c. 34 § 2 C. VIII, 54 *De donat.*

(*r*) arg. fr. 5 D. X, 2. — c. 3 pr. C. VI, 43 *Commun. de legat.*

(*s*) arg. c. 3 C. III, 37 *Commun. div.*

(*t*) fr. 16 § 2 D. X, 2.

(*u*) fr. 5 D. V, 2. — c. 3 C. VI, 43 *Communia De legat.*

(*v*) fr. 52 § 2, fr. 55 D. eod.

(*a*) fr. *Inst.* IV, 17 *De inoff. jud.* — Ulp. *Fragm.* XIX, 16.

(*b*) c. 15 C. III, 36 *Famil ercisc.*

(*c*) fr. 66 § 3 D. XXI, 1 *De evict.* — c. 14 C. III, 36 *Famil. ercisc.* — c. 1 c. 7 C. III, 38 *Communia utriusque.*

(*d*) fr. 25 § 21 D. X, 2.

(*e*) fr. 77 § 8 D. *De legat.* II.

non mai gli estranei, tranne il testatore avesse saputo che la cosa era d'altrui, o se si potesse provare ch'egli avrebbe istituito un estraneo anche allorchè avesse saputo essere la cosa d'altrui (*f*).

Se il testatore ha lasciato a qualcheduno una cosa altrui come prelegato, valgono le stesse norme che spiegheremo pei legati (§ 420).

§ 368.

Divisione dell'eredità, quando s' impugni.

Se la divisione fu fatta

I. dal testatore stesso, può venir impugnata soltanto per lesion della legittima (*a*).

II. dal giudice, non può essere impugnata nè per dolo (*b*), nè per errore od ineguaglianza da ciò derivata (*c*), nè finalmente per ciò che qualcheduno abbia preso parte alla divisione senza essere erede (*d*). Se si tratta di un semplice error di calcolo, si deve correggere la sentenza (*e*);

III. Una divisione stragiudiziale può venir impugnata tanto per dolo, quanto per errore (*f*).

(*f*) arg. c. 10 C. VI, 37 *De legat.* Glück XI, p. 109 110.

(*a*) c. 10 C. III, 36 *Famil. ercisc.*

(*b*) c 3 C. III, 38 *Commun. utriusque judicii.* Non vi si oppone la c. 8 C. VI, 20 *De collation* ma se in genere le sentenze giudiziali possono venire impugnate, ciò dovrebbe valere anche della sentenza divisoria dell'eredità, confr. c. 1, 2, 4 C. VIII, 58 *Si ex falsis instr.* — c. 7 C. VIII, 64 *Quando provocare non est necess.*

(*c*) c. 3, c. III, 38 *Comm. utriusque judicii.*

(*d*) fr. 36 D. X, 2 *Famill. ercisc.*

(*e*) fr. 1 § 1 D. XLIX, 8 *Quae sententiae sine appell. rescind.* — Glück *Comm.* XI, p. 90 in fine.

(*f*) fr. 35 D. II, 14 *De pactis.* — c. 3 C. III, 38 *Commun. utriusque jud.* Alcuni sostengono che si possa per un errore impugnare la divisione allora soltanto che vi sia lesione oltre la metà, e si richiamano in ciò alla c. 1 C. III, 38 *Commun. utriusque*, confr. la c. 2 C. IV, 44 *De rescind. vend.*; ma questa costituzione, a vero dire, non sembra qui applicabile, Glück XI, p. 93.

§ 369.

Dell'azione familiae erciscundae.

L'azione mediante cui i coeredi possono instare tanto per la divisione dell'eredità, quanto per prestazione personali, si chiama azione per divisione dell'eredità (*actio familiae erciscundae*) (*a*), ed essa compete

I. ai coeredi dopo l'acquisto della eredità (*b*); *utiliter* anche al fedecommessario, all'impubere arrogato pel conseguimento della quarta D. Pii, ed al *compratore* di una parte dell'eredità (*c*). Ma siccome ogni erede può essere tanto attore quanto convenuto, così quest'azione viene chiamata *judicium duplex* (§ 108, *d*) (*d*).

II. Essa ha luogo contro il coerede: chi dunque fa uso di quest'azione contro qualcheduno, lo riconosce tacitamente per erede (*e*).

Se il convenuto nega il diritto ereditario dell'attore, questi lo deve provare, e ciò succede nello stesso processo (*incidenter*), se l'attor possede l'eredità od una parte della medesima; altrimenti esso deve prima promuovere la petizione di eredità (§ 376) (*f*).

Da canto del convenuto è indiffe-

(*a*) Questa denominazione deriva dalle leggi delle XII Tavole, nelle quali la frase *familiam erciscere* significa dividere l'eredità.

(*b*) fr. 7 D. V, 4 *Si pars. hered. pet.* — fr. 49 circa fin. D. X, 2 *Famill. ercisc.*

(*c*) fr. 2 § 1, fr. 40 D. X, 2. — c. 3 C. IV, 39 *De hered. vel act. vend.*

(*d*) fr. 2 § 3 D. X, 2 cit. È quindi attore quegli fra i coeredi che domanda la divisione dell'eredità e prestazioni personali; ed è reo convenuto quello che si oppone ad una o l'altra di queste domande. Se più coeredi abbian promossa azione contemporaneamente, deciderà la sorte chi debba essere attore e chi reo convenuto, fr. 13, fr. 14 D. V, 1 *De judic.*

(*e*) fr. 37 D. X, 2 eod. La particella *non*, che si legge in questo passo, equivale qui alla particella *nonne*, Glück XI, p. 12.

(*f*) fr. 1 § 1 D, eod.

rente, s'egli posseda o no qualche cosa della eredità (*g*).

III. Quest'azione ha per oggetto precipuamente la divisione, ed accessoriamente anche l'adempimento di personali obbligazioni, che nacquero dalla comunità (*h*).

Ma trattandosi di quest'ultime, come in altre azioni per divisione, si può agire separatamente, senza chiedere la divisione stessa (*i*), anzi anche dopo eseguita la divisione (*k*).

Perciò dunque che risguarda queste prestazioni personali, quegli che amministrò la eredità comune deve garantire per ogni frode e per la negligenza non solita nelle cose proprie (§ 467); deve render conto della sua amministrazione, partecipare i frutti percetti dall'eredità (*l*), e pagar gl' interessi dei capitali trascorsi non solo per la mora, ma benanche per l' impiego dei medesimi a proprio vantaggio (§ 476) (*m*); ma all' incontro può egli anche ripetere le spese fatte in vantaggio della massa ereditaria (*n*).

Ma si deve osservare che nei seguenti casi, in quanto alle prestazioni personali, non ha luogo l'azione *familiae erciscundae*, ma l'azione per tenuta amministrazione (§ 584):

1. se si tratta di frutti percetti, o di opere fatte prima dell'adizione dell'eredità (*o*);

2. se qualcheduno amministrò l'eredità, ma non come erede (*p*), o

3. bensì come erede, ma amministrò cose divisibili (*q*);

4. se l'azione *familiae erciscundae* pervenne al suo termine, senza che siasi avuto riguardo alle prestazioni personali (*r*).

IV. Circa quest'azione vi è questo da osservare in particolarità, che essa può venir intestata sopra più eredità che per diversi motivi sono comuni fra le medesime persone (*s*).

V. Ella cessa quando fu istituita una volta, e si può istituire una seconda volta soltanto da un coerede, il quale non fosse stato presente alla divisione (*t*).

Se pertanto fossero rimaste indivise alcune cose, in quanto a queste ha luogo soltanto l'azione ordinaria di divisione (*actio comuni dividundo* (*u*).

§ 370.
Della collazione.

La collazione (*collatio*) consiste in ciò, che i discendenti, i quali succedono ai loro ascendenti, debbano mettere nella comune eredità cose ch'eglino acquistarono dai genitori mentre questi erano ancora in vita, e ciò in vantaggio di quei coeredi che discendono egualmente dal defunto (*a*).

(*g*) fr. 25 § 2 D. eod.
(*h*) fr. 44 § 3, fr. 49 in fine D. eod. Gli obblighi del coerede in questo rapporto sono come se avesse conchiuso un contratto cogli altri eredi (589).
(*i*) fr. 14 § 1 D. X, 3 *Comm. div.*
(*k*) arg. 24 pr., fr. 31 D. X, 2 *Famill. ercisc.*
(*l*) fr. 19 D. eod.
(*m*) fr. 60 pr. D. XVII, 2 *Pro socio.* — fr. 1 § 1 D. XXII, 1 *De usuris.* Non osta il fr. 67 § 1 D. XVII, 1 *De usuris.* Non osta il fr. 67 § 1 D. XVII, 2 *Pro socio*, giacchè quegli che dà a mutuo a proprio conto denaro comune, non impiega veramente denaro a proprio conto, mentre egli si addossa il pericolo di perdere tutto il capitale. Cujac. *Observ.* XXIII, 27.
(*n*) fr. 18 § 3, fr. 19 D. X, 2 *Famill. ercisc* — c. 18 § 1 C. III, 36 eod.
(*o*) La nota *h* di questo §.
(*p*) fr. 49 in fine D. X, 2.
(*q*) fr. 25 § 15 D. eod. — fr. 78 § 2 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*
(*r*) c. 3 C. II, 19 *De negot. gest.*
(*s*) fr. 25 § 3-5 D. X. 2 *Famill. ercisc.*
(*t*) fr. 44 § 2 D. eod.
(*u*) fr. 20 § 4 D. eod. Intorno la prescrizione di 30 anni decorribile dal momento che nacque l'azione, veggasi la c. 1 § 1 C. VII, 40 *De annal. except.*
(*a*) D. XXXVII, 6 *De collatione.* — D. XXXVII, 7 *De dotis collatione.* — C. VI, 20 *De collationibus* C. Fr. Pfizer *Della collazione dei discendenti*, Stoccarda 1807. — Unterholzner *Diss. petractans*

Perciò se ha luogo una collazione, deve essa precedere la divisione.

Il primo a introdurla fu il Pretore riguardo ai figli emancipati, i quali insieme ai *sui* furono ammessi al possesso de' beni, a scanso del torto che altrimenti si faceva ai *sui*, giacchè questi, secondo il Diritto antico, non acquistavano niente per sè, ma tutto pel padre (*b*). Essa da principio avea luogo soltanto nella successione intestata (*c*).

In seguito pei responsi dei giureconsulti ed i rescritti imperiali venne estesa al caso che concorrano solamente *sui*, ed alla successione testamentaria (*d*).

I. Conferiscono dunque soltanto i discendenti, tanto se succedono per testamento, come se *ab intestato*; ma nel primo caso soltanto allorchè essi sarebbero succeduti anche *ab intestato* (*e*), senza differenza se sieno *sui* ovvero figli emancipati, se sieno del primo, ovvero di un grado più lontano (*f*).

Particolarmente devono i nipoti conferire non solo ciò che acquistarono essi medesimi, ma benanche ciò che avrebber dovuto conferire quello dei loro genitori, nel cui luogo essi succedono (*g*), e ciò anche nel caso ch'essi abbiano ripudiata l'eredità paterna (*h*).

Il dovere di conferire incombe anche agli eredi dei discendenti, e così anche a quelli, a cui l'erede ha ceduta la sua facoltà, mentre nessuno può esercitare il diritto di un terzo se non se colle stesse condizioni a cui è legato quegli, al quale propriamente compete il diritto (*i*). Ma gli altri che subentrano in luogo del discendente, come i sostituiti o i coeredi, che in virtù del diritto di accrescimento acquistano la porzione di colui che manca, non sono obbligati a conferire (*k*). Non conferiscono neppure altri eredi diversi dai discendenti, e perciò nè gli ascendenti nè i parenti collaterali (*l*).

II. Il dovere di conferire ha luogo soltanto in confronto a persone, le quali discendano parimenti dal testatore (*m*), e che sarebbero succedute *ab intestato*, o in confronto dei loro eredi, ma non in confronto d'altri che subentrano in loro vece, o di estranei, ad onta che nel testamento sieno stati istituiti eredi (*n*).

historiam doctrinae jur. rom. de collationibus, Altorf 1809. — C. F. Reinard *Dottrina della collazione dei discendenti secondo il Dir. Romano e Wirtemberghese*. Stoccarda 1818. - Franche nelle sue *Dissert. di Diritto civile*, Gottinga 1826, p. 174.

(*b*) fram. 1 p. § 5-7, fr. 3 § 2 D. XXXVII, 6, *De collat. bonor.*

(*c*) fr. 1 § 6 D. eod.

(*d*) c. 12, 16, 17, 19 C. VI, 20 hujus tit. - Nov. 18 c. 6. — Auth. *Ex test.* ad c. 1 C. VI, 20 h. t.

(*e*) Nov. 18, c. 6, Voet *Comm.* ad D. XXXVII, 6 § 2.

(*f*) c. 17 C. VI, 20 hujus tit.

(*g*) c. 19 in fine. C. hujus tit. Voet *Comm. ad Pand.* XXXVII, 6 § 3.

(*h*) Nov. 118, c. 1 là dove si legge: *tantum de hereditate — accipiens partem - quantam eorum parens, si viveret, habuisset* ». Siccome quindi il genitore avrebbe dovuto conferire, così i nipoti non possono acquistar di più di quello che il defunto loro padre o la defunta loro madre avrebbero ricevuto, sia ch'essi abbiano accettata la eredità del lor genitore premorto, o che l'abbiano ripudiata. Il ripudiare l'eredità paterna produce soltanto l'effetto, che i figli non sono obbligati a pagare i debiti del loro padre; ma l'obbligo di conferire non si può risguardare come un debito in senso proprio. Di opinione differente sono Muhlenbruch III, § 525, num. 10, e Francke nella *Dissertaz.* più sopra citata p. 203.

(*i*) Thibaut *Sistema del Dir. delle Pand.* § 732 e Muhlenbruch § 526, n. 8.

(*k*) Wening III, 3 § 180.

(*l*) Tituli cit. 6 e 7 D. XXXVII. — Nov. 97 c. 6 Confr. Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* V. 3, p. 330-332.

(*m*) c. 17, 19, 20 C. VI, 20 hujus tit.

(*n*) Vedi questo paragrafo più sopra.

§ 371.

Oggetti della collazione.

Si devono conferire:

I. la dote data ovvero promessa (*a*) dal padre, ed in vero non solo dopo la cessazione del matrimonio, ma ben anche durante il medesimo (*b*);

II. la donazione in causa di nozze (*c*);

III. il prezzo di una *militia* vendibile (*d*) (§ 262 nota *i*).

Dal fin qui detto consegue che, secondo la ordinazione di Giustiniano circa gli oggetti da conferirsi, può essere stabilita la seguente regola generale: ciò che deriva dai genitori in causa di un affare *inter vivos*, e che vien computato nella legittima (§ 327), deve essere conferito (*e*), come anche le donazioni semplici, se il donatario concorre con persone che devono conferire la dote o la donazione in causa di nozze (*f*).

Le donazioni rimunerative che sono già effettuate non vengono conferite (§ 551), come neppure gli alimenti naturali e civili, e le spese per gli studii (*g*).

Inoltre non va soggetto alla collazione nè il *peculio castrense* o *quasi-castrense* (*h*) proveniente dal defunto, nè le spese fatte pel riscatto di un figlio captivo (*i*), nè finalmente gl' interessi e frutti percetti dalle cose da conferirsi, tranne se chi deve conferire fosse stato in mora (§ seg.) (*k*).

Ciò che i genitori diedero ai figli pel decoroso loro mantenimento, o è un mutuo, e perciò non è da conferirsi ma da pagarsi, ovvero una donazione, per cui si devono applicare le norme per le donazioni.

Del resto, l'ascendente, purchè non venga lesa la legittima degli altri figli, può dispensare espressamente dall'obbligo di conferire (*l*); ed al contrario gli è anche permesso di ordinare la collazione di tutto ciò che non è da conferirsi per legge, purchè egli abbia ciò ordinato al momento della donazione, o nell'atto di ultima volontà (*m*).

§ 372.

Specie e modo della collazione.

La collazione si fa col mettere nella comune eredità o le cose conferibili, ovvero il loro valore da fissarsi dietro il tempo della morte del decesso (*a*), o col computare questo medesimo valore nella quota ereditaria di chi è obbligato alla collazione (*b*). La scelta compete a quest'ultimo (*c*).

Se le cose conferibili furono miglio-

(*a*) fr. 1 § 1 D. XXXVII, 7 *de dott. coll.* — c. 2 e 17 C. VI hujus tit.

(*b*) c. 5 C. cit.

(*c*) c. 17, 19, 20 C. eod. — Nov. 18 c. 6.

(*d*) c. 30 § 2 C. III, 28 *de inoff. test.* - c. 20 pr. C. VI, 20 hujus tit.

(*e*) c. 20 pr. C. hujus tit.

(*f*) c. 20 § 1 C. eod. — c. 18 pr. C. III, 36 *Famil. ercisc.* Non si oppone la c. 13 C. hujus tit. Confr. Hofacker II, § 1659*b*. Ma i figli emancipati devono conferire tutto ciò ch'essi ricevettero a titolo lucrativo e che avrebbe fatto parte del peculio profetizio, se ancora non fosser stati emancipati V § 370, c. 17 in fine, e c. 21 C. hujus tit. là dove si legge: *ut res, quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi subjaceant.* » Confr. Francke nella *Diss.* di sopra citata, e il giudizio sulla medesima contenuto negli *Annali* di Schunck VI, 1, p. 44.

(*g*) fr. 1 § 16 D. XXXVII, 6 *de coll.* — fr. 50 D. X, 2 *Famill. ercisc.*

(*h*) fr. 1 § 15 D. XXXVIII, 6 *de coll.* — c. 20, c. 21 C. hujus tit.

(*i*) c. 17 C. VIII, 50 *de postlim.*

(*k*) fr. 5 § 1 D. XXXVII, 7 *de dott. coll.*

(*l*) fr. 59 § 1 D. X, 2 *Famill. ercisc.* — Nov. 18 cap. 6. — Un ascendente può dispensare anche tacitamente dall'obbligo di conferire. Vedi Dabelow nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 1 p. 67-83 nella sua *Dissertaz.* che porta per titolo: *In quanto non vi sia obbligo di conferire gli acquisti tenuti nascosi.*

(*m*) c. 1, c. 7, c. 20 in fine C. VI, 20 h. t.

(*a*) fr. 1 § 11 D. h. t.

(*b*) fr. 1 § 12 D. hujus tit. — c. 5, 6 C. h. t.

(*c*) fr. 1 § 12 D. h. t.

rate, si può ripetere il rimborso delle spese secondo le norme generali (§ 223, II.) (*d*).

Ma se furono perdute o deteriorate, in tal caso chi deve conferire è garante fino all'adizione dell'eredità pel dolo e per ciò che equivale ad esso, egualmente che gli altri coeredi sono garanti per la negligenza non solita nei proprii affari (*e*) (§ 467).

Gl'interessi devono venir pagati dal momento della mora, ed i frutti si devono prestare dal momento della morte del testatore (*f*) (§ antecedente nota *k*). Se non è stabilito ciò che si debba conferire, ed il modo di collazione, bisogna prestar cauzione mediante fidejussore o pegno (*g*). Si può chiedere la collazione coll'azione *familiae erciscundae*, o se fu già prestata cauzione, coll'azione per istipulazione (*h*).

Se chi deve conferire fece uso egli stesso dell'azione *familiae erciscundae*, si può instare per la collazione anche mediante una eccezione (*i*).

Se l'eredità fu già divisa senza che abbiasi avuto riguardo alla collazione, in tal caso bisogna servirsi della *condictio indebiti* (§ 594).

§ 373.

Quando non abbia luogo la collazione.

La collazione non ha luogo:

1. se il testatore ne ha dispensati gli eredi (§ 371);

2. se chi deve conferire si astenne dal resto dell'eredità, la ripudiò, o in generale non diventò erede dell'ascendente (*a*).

3. se la cosa da conferirsi perì per caso (*b*).

4. se i coeredi dispensarono dalla collazione (*c*).

§ 374.

Della trasmissione dell'eredità.

Da ciò che abbiamo detto di sopra (§ 361) circa la confusione della facoltà del defunto colla facoltà dell'erede segue da sè il diritto dell'erede di trasmettere ai proprii eredi l'eredità già acquistata (*a*) (*transmissio* in senso lato ed improprio) (*b*).

Un'eredità bensì devoluta, ma non peranco acquistata, di regola non passa agli eredi; tuttavia vi sono delle eccezioni, per cui un'eredità devoluta, ma non peranco acquistata, anzi in un caso (II. 4 di questo §) anche l'eredità non è neppure devoluta, viene trasmessa agli eredi (*transmissio* in senso proprio).

I. Casi che si riferiscono tanto all'eredità secondo il Diritto civile, quanto al possesso pretorio de' beni, sono i seguenti:

1. Se l'erede o possessore de' beni (§ 662) avesse potuto chiedere, secondo le norme generali, la restituzione in intiero, anche il di lui erede deve avere lo stesso diritto, mentre rappresenta la persona del defunto (*c*).

(*d*) Confr. fr. 1 § 5 D. XXXVII, 7 *de dotis. coll.*
(*e*) Confr. fr. 1 § 23, fr. 2 § 2 D. XXXVII, 6 h. t. — Nov. 97, c. 6.
(*f*) fr. 5 § 1 D. XXXVII, 7 *de dotis coll.*
(*g*) fr. 1 § 9 D. XXXVII, 6 hujus tit.
(*h*) fr. 5 § 1 e 2 D. h. t. — fr. 1 pr. D. XXXVII, 7 *de dott. coll.*
(*i*) c. 16 C. VI, 20 hujus tit.

(*a*) fr. 4, fr. 8, fr. 9 D. XXXVII, 7 *de dotis coll.* — c. 25 C. III, 36 *Famill. ercisc.* - Nov. 92, c. 1.
(*b*) fr. 2 § 2 D. XXXVII, 6 h. t.
(*c*) Secondo il principio che ognuno può rinunziare ai proprii diritti.

(*a*) c. 1 § 5 C. VI, 51 *de caduch. toll.*
(*b*) C. F. Bucher *Diss. de jure trasmiss. hereditatis atque legati, ex temporis successu spectato*, Marburg 1805. Merita di essere qui ricordata la Dissert. di sopra citata di Marezoll *Sulla dottrina dei così detti casi di trasmissione*, alla quale abbiamo anche noi avuto in parte riguardo. Buchholtz nelle sue *Dissertazioni giuridiche* n. 2 è l'autore più recente in questa materia: leggasene la critica negli *Annali* di Schunk XXII, 1 p. 2-26 di F. F-r.
(*c*) c. 1 C. II; 51 *de rest. milit.* Buchholtz p. 43

Ma quantunque non abbia luogo la restituzione in intiero secondo le norme generali; pure viene questa accordata in via di equità se l'erede istituito è morto durante il tempo che esso per assenza in affari di stato non potè confermare il possesso dei beni, che avea chiesto il suo procuratore (*d*) (*transmissio ex capite restitutionis in integrum*).

2. Se ad un figlio, sia egli soggetto o no alla patria potestà, si devolse un'eredità, che per la di lui morte istantaneamente avvenuta, non venne acquistata, il padre può acquistare tale eredità per sè (*e*) (*transmissio theodosiana ex capite infantiae* ossia *jure patrio*).

II. I seguenti casi si riferiscono soltanto all'eredità secondo il Diritto civile (*f*).

3. Gli eredi morti durante il tempo concesso a deliberare trasmettono la eredità, la cui delazione è loro nota, nei proprii eredi, i quali entro il resto del termine a deliberare (§ 363) possono adire la eredità (*g*) *transmissio justinianea ex jure deliberandi*).

4. I figli emancipati (confr. n. 5 di questo §) che furono istituiti eredi dai loro ascendenti in un testamento scritto, trasmettono l'eredità ai loro proprii discendenti (*h*), e invero senza differenza se sieno morti prima o dopo della pubblicazione del testamento; anzi questa trasmissione sembra aver luogo anche se i figli istituiti morirono prima del testatore (*i*) *transmissio theodosiana ex jure sanguinis*).

5. Parecchi giureconsulti aggiungono a queste anche la *transmissio ex jure suitatis*, in virtù della quale gli eredi suoi (*sui*) e necessarii trasmettono a qualsiasi erede l'eredità dell'ascendente paterno purchè gli siano sopravvissuti (*k*); ma quantunque ciò sia vero, tuttavia non ha qui

è d'opinione, che propriamente parlando non si possa qui dire che venga trasmesso il diritto di eredità, ma soltanto il diritto della restituzione in intiero. Ma se Buchholtz non vuole ammetter questo come un caso di trasmissione, sarà però vero ciò che osserva giustamente — F-r. p. 11, che cioè all'erede dell'erede, quand'anche solo in forza della restituzione in intiero, competa ad ogni modo sempre il diritto di acquistare l'eredità devoluta; nel che appunto consiste la transmissione.

(*d*) fr. 86 pr. D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* Qui l'erede che sia morto prima di riconoscere il possesso de' beni, non è leso, essendo esso morto durante il tempo fissato per un tale riconoscimento, e se non fosse mancato a' vivi, avendo potuto confermare il riconoscimento che fosse stato fatto dal suo mandatario: siccome pertanto la restituzione in intiero presuppone una lesione, così è chiaro, che qui secondo i principii generali essa non potrebbe aver luogo. Confr. Marezoll pag. 77-82. Buchholtz p. 44 non ammette nemmeno questo come un caso di transmissione; ma veggasi gli *Ann.* di Schunck XXII 1, p. 12. I frammenti, a cui altri Giureconsulti si riportano, non fanno al caso presente, così i fr. 12 D. XXXVII, 10 *de Carboniano edicto.* — fr. 4 in fine, fr. 5 D. XXXVII, 4 *de bon. poss. contra tab.* trattano del possesso dei beni che il pretore accorda agli eredi senza restituzione in intiero, e il fr. 3 § 30 § 32, fr. 4 D. XXIX, 5 *Ad senatusc. Silan.* dispone anch'esso che il pretore conceda agli eredi le azioni utili senza restituzione in intiero così come il defunto avesse adito l'eredità. Confr. Marezoll p. 64-71. Ciò non ostante è certo che i frammenti ora addotti contengono dei casi di trasmissione. Buchholtz *Dissertaz. giur.* n. 2 ai punti I, IV, VIII, XI.

(*e*) c. 18 pr. e § 1 C. VI, 30 *de jure delib.* Sebbene quasi tutti gli scrittori annoverino questo caso fra quelli di trasmissione, esso tuttavia non vi appartiene, mentre il padre non acquista come erede, ma come padre (*patrio jure*) l'eredità devoluta a suo figlio (Marezoll p. 59), locchè vale anche del caso contenuto nel fr. 30 pr. D. XXIX, 2 *de adquir. vel om. hered.*

(*f*) fr. 3 § 7, § 9, fr. 4, fr. 5 D. XXXVII, 1 *de bon. poss.*

(*g*) c. 19 C. VI, 30 *de jure delib.* c. ult. § 1 e 13 C. eod. La Novella 158 si riferisce soltanto ai minorenni, e non è glossata.

(*h*) c. un. C. VI, 52 *de his, qui ante apert. tab.*

(*i*) Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 2 p. 192-195. Considerato per altro attentamente questo caso, esso è più una sostituzione che una trasmissione. Buchholtz *Dissertaz. giur.* n. 2, XIV, e gli *Annali* di Schunck, XXII, 1, p. 1.

(*k*) fr. 7 § 1 D. XXIX, 2 *de adquir. vel. om. her.* — fr. 1 § 7 D. XXIX, 4 *Si quis. omiss. causa test.* — c. 3 C. VI, 30 *de jure delib.* — c. 8 C. VI, 55 *de suis et legit. liber.*

luogo una trasmissione in senso proprio, mentre i *sui* al momento della morte del testatore acquistano *ipso jure* la sua facoltà, e perciò la trasmettono a qualsiasi erede come parte della facoltà propria (§ 359)

§ 375.

Dei mezzi legali che in generale competono in conseguenza del diritto ereditario.

Dal diritto ereditario nascono rimedii legali tanto petitorii, quanto possessorii. Ai primi appartiene l'azione ereditaria (*hereditatis petitio*), la quale può esser o semplice, o qualificata: considerata in sè stessa, ella è semplice, ma in quanto bisogni nello stesso tempo impugnare un testamento, si chiama qualificata. Sono di quest' ultima specie la querela *nullitatis ex jure antiquo et novo* (§ 384 nota *k*), la *bonorum possessio contra tabulas* (§ 303), e la querela *inofficiosi testamenti* (*a*).

Fra i mezzi legali possessorii sono da rimarcarsi: l'*interdictum quorum bonorum*, il *remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo* (*b*), ed il possesso de' beni *ex edicto Carboniano, ventris et furiosi nomine*.

§ 376.

Dell' azione ereditaria (*a*) *e sue diverse specie.*

L'azione ereditaria (*hereditatis petitio*) è quell'azione reale (*b*) con cui qualchedano domanda di essere riconosciuto erede, e che gli si accordi il possesso degli effetti ereditarii con ogni accessione e pertinenza (*c*). Ella tende in sè stessa al conseguimento dell'eredità civile (*h. p. civilis*), ma venne poi estesa anche al possessore de' beni (*h. p. possessoria*) (*d*), anzi, dopo seguita la restituzione, anche al fedecommessario (§ 414 II.) (*fideicommissaria*) (*e*).

Riguardo all'oggetto, essa è generale se comprende tutta la eredità, e parziale se ne abbraccia soltanto una parte.

§ 377.

A chi competa, e ciò che l'attore debba provare.

Ogni erede testamentario ed intestato può intentare direttamente l'azione ereditaria (*a*) *utiliter*, poi anche fedecommessario, un possessore dei beni (confr. il § antec.), ed il compratore di una eredità (*b*).

L'attore deve provar quanto segue:

1. la morte del testatore, giacchè da una persona vivente non si può ereditare (*c*) (§ 59);

2. il fondamento della sua azione, ossia l'erede deve provare, ch'egli sia stato istituito erede nel testamento, o se si tratta della successione intestata, che egli sia parente defunto, e se anche il convenuto ne è un parente, ch'esso lo sia in grado più prossimo di questo: il compratore dell'eredità deve provare che il diritto ereditario

(*a*) fr. 20 D. V, 2 *inoff. test.* — fr. 7 § 1 D. V, 3 *de hered. pet.* — fr. 20 pr. in fine D. XXXVII, 4 *de bonor. poss. contra tab.* — c. 34 C. III, 28 *de inoff. test.* — c. 3 C. III, 31 *de petit. hered.*

(*b*) L' interdetto *quod legatorum* lo spiegheremo più sotto (§ 449), ma dell'interdetto *de tabulis exibendis* ne tratteremo qui, sebbene esso non sia un rimedio possessorio, ma piuttosto un rimedio preparatorio per istituire l'azione di eredità.

(*a*) D. V, 3 e C. III, 31 *de hered. petitione.* — Buchholtz *Dissert. giur.* n. 1. *In che cosa si distinguano l'eredità e l'azione di rivendicazione.*

(*b*) Du Roi nell'*Arch. della Pr. civ.* VI, 2, pag. 300.

(*c*) fr. 10 § 1, fr. 18 § 2, fr. 40 pr. D. V, 3 hujus tit. Confr. Fabricius *Sull' azione di eredità nel Mus. ren.* IV, 2, p. 165-180.

(*d*) fr. 1 e 2 D. V, *de poss. hered. pet.*

(*e*) fr. 1-3 D. V, 6 *de fideicomm. hered. pet.*

(*a*) fr. 1, fr. 3 D. hujus tit.

(*b*) fr. 54 pr. D. eod.

(*c*) Gluck *Comm.* VII, § 552, p. 493.

fu a lui trasferito. Chi deriva da un terzo il suo diritto di successione deve egualmente provare che quegli, in di cui vece esso vuol subentrare, sopravvisse se *suus* al testatore (§ 359), o che abbia fatta l'adizione, o la trasmissione dell'eredità se un erede estraneo (§ 360, 374);

3. Finalmente deve essere provato che il convenuto sia in possesso degli effetti ereditarii, se mai ciò venisse negato.

§ 378.

Contro chi venga essa diretta.

L'azione ereditaria ha luogo soltanto contro colui che possiede *pro herede*, ovvero *pro possessore* (*a*) e perciò il convenuto deve produrre il titolo del suo possesso (*b*).

Pro herede possiede colui il quale sostiene di esser erede egli stesso, o di aver acquistata l'eredità dall'erede (*c*); *Pro possessore* colui il quale non ha verun diritto al possesso (*d*).

Contro colui che possiede per un titolo singolare non ha luogo quest'azione, ma bensì l'azione rivendicatoria (*e*), tranne se egli avesse acquistato gli effetti ereditarii come una *universitas* per un titolo singolare, come p. e. il compratore dell'eredità, o di una quota ideale della medesima (confr. più sopra questo §).

È poi indifferente che il convenuto possegga tutta l'eredità, o una parte, benchè piccola, della stessa, o le cose in natura, o il loro prezzo (*f*).

L'azione ereditaria ha luogo anche contro coloro, nelle cui mani si trovano dei crediti appartenenti all'eredità (*g*), o che sono debitori alla massa ereditaria (*h*), finalmente anche contro possessori finti cogli stessi effetti che abbiamo spiegati circa l'azione rivendicatoria (*i*) (§ 221).

Del resto, anche qui come nell'azione rivendicatoria, basta, per condannare il convenuto, che esso ottenga il possesso delle cose ereditarie anche soltanto in pendenza del processo (*k*).

§ 379.

Della intenzione dell'attore.

L'intenzione dell'attore si è di venir dichiarato erede universale, ovvero parziale, e di ottenere nel primo caso la intiera eredità (*a*) e nel secondo la quota a lui intellettualmente destinata.

Se nell'azione ereditaria parziale il coerede abbia in mano quanto gli compete, ed un estraneo possegga quanto ripete l'attore in tal caso può venire impetito soltanto questo ultimo (*b*).

Se si ripete soltanto una parte dell'eredità, questa parte è per lo più

(*a*) fr. 9 D. V, 3 hujus tit. Confr. Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* VII, 2 p. 224 *Sulla condizione del reo convenuto nell' azione d'eredità.*

(*b*) c. 11 C. hujus tit,

(*c*) fr. 11 pr., fr. 13 § 8-10 D. hujus tit. È libero all'attore d'impedire il venditore dell'eredità, o quello che dopo avere ricevuto il prezzo od una parte dell'eredità, restituisce l'eredità o il rimanente di essa, oppur finalmente quello a cui l'eredità fu trasmessa, fr. 13 § 4-7, fr. 16 § 2 D. hujus tit. Confr. fr. 4, fr. 9 in fine, fr. 10 pr., fr. 16 § 1 D. h. t.

(*d*) fr. 11 § 1, fr. 12, fr. 13 pr. e § 1 D. h. t.

(*e*) fr. 16 § 6 D. V. 3 hujus tit.—c. 2, 7 C. III, 31 hujus tit.— c. 4 C. VII, 34 *In quib. caus. cessat. long. temp. praescr.*

(*f*) fr. 4, fr. 9 in fine fr. 10 pr., fr. 16 § 1 D. hujus tit.

(*g*) fr. 16 § 4 D. hujus tit.

(*h*) fr. 13 § 15, fr. 16 1 D. hujus tit. — Confr. anche il fr. 42 D. eod.

(*i*) fr. 13 § 13 e 14. fr. 25 § 8 e 10, fr. 45 D. V. 3 hujus tit. — fr. 95 § 9 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*k*) fr. 18 § 1 D. hujus tit.

(*a*) S'intende per sè, che in caso di negativa tocca a provare all'attore che le cose ch' egli domanda facciano parte dell'eredità. Thibaut nella *Dissertaz.* sopra citata pag. 227.

(*b*) fr. 1 § 2, 3, 5 D. V, 4 *Si pars hered. petatur.* Güntheri *Principia jur. rom.* § 860.

certa (*c*), ma talvolta per qualche fondata ragione si accorda anche la domanda di una parte incerta come p. e. se il coerede non è peranco nato (*d*): che se la moglie del defunto è incinta, devono sempre venir riservate tre parti per nascituri. Se nascono più di tre, i singoli eredi soggiacciono ad una proporzionata diminuzione; e se meno di tre si accresce in proporzione il resto agli eredi (*e*).

§ 380.

Oggetto dell'azione.

L'oggetto principale dell'azione consiste nelle cose ereditarie tanto corporali quanto incorporali (*a*), come altresì in quelle di terzi, il cui rischio stava a carico del defunto (*b*); inoltre in ciò che successe in luogo delle cose ereditarie (*c*), ed in ciò che il possessore congiunse alle medesime, parte per necessità, e parte per utilità, bene inteso naturalmente che le spese da lui incontrate gli devono venir rimborsate (*d*); finalmente in qualunque accessione avvenuta dopo la morte del testatore (*e*).

Riguardo a ciò che l'attore pretende accessoriamente (come frutti, interessi, ed il reintegro di ciò che fu smarrito, deteriorato ed alienato), si deve distinguere fra il possessore di buona fede e quello di mala fede (*f*), e in ciò si può stabilire la seguente regola generale: il possessore di buona fede è obbligato per gli oggetti menzionati in quanto egli al momento dell'emanata sentenza ne apparisca arricchito (*g*), il possessore di mala fede è obbligato per tutto ciò che l'attore avrebbe poi potuto utilizzare, s'egli stesso avesse posseduto l'eredità (*h*).

Perciò che risguarda particolarmente:

1. i frutti, il possessore di buona fede deve restituire tutti quelli che esistono, e quanto ai frutti consumati deve restituire ciò, di cui apparisca esser egli divenuto più ricco mediante la consumazione; lo stesso vale quanto agl'interessi (*i*).

Il possessore di mala fede deve invece rimettere tutti i frutti, tanto i percetti che i non percetti (*k*); ma

(*c*) fr. 1 pr. § 1 e 2 D. V, 4 *Si pars hered. petat.*
(*d*) fr. 1 § 5 D. eod.
(*e*) fr. 3 c. 4 D. eod Glück *Comm.* VIII, p. 7-10. Di opinione in parte diversa è Hofaker *Princ. jur. civ. rom.* T. II, § 1674.

(*a*) fr. 18 § 2 D. V, 3 hujus tit. Un'eccezione rispetto alla prescrizione ed alla servitù contengono il fr. 19 § 1 D eod.: « *Quod si pro emtore usucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditas petitione, quia heres, id est petitor, eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori;* » col § 3 eod. « Servitutes *in ratione hereditatis non venire, ego didici .... sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur.* » Glück VII, § 566, p. 538.
(*b*) Come sono le cose imprestate, date in deposito, e a pegno. (§ 299).
(*c*) Secondo il principio: *pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii* (§ 76).
(*d*) fr. 20 pr. § D. hujus tit.
(*e*) fr. 20 § 3, fr. 28 D. hujus tit.

(*f*) Promossa l'azione ed intimata la stessa al reo convenuto, il possessore di buona fede viene equiparato a quello di mala fede in tanto in quanto esso risponde della sua colpa « *coepit enim scirre rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur,* » fr. 25 § 7, fr. 31 § 3 D. hujus tit.—fr. 45 in fine D. VI, 1 *De rei vindicat.* Se taluno possedette dapprima in buona fede l'eredità ed in seguito riseppe ch'essa non gli appartiene, viene ritenuto per un predone (*praedo*) « *Parvi etenim refert, ab initio dolose quis in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coeperit,* » fr. 25 § 5 D. hujus tit. Si chiama predone (*praedo*) nell'azione di eredità il possessore di mala fede; poichè sebbene in senso stretto predone sia quegli soltanto che s'impossessa dell'eredità senza alcun titolo legale. fr. 11 in fine, fr. 12 fr. 13 § 8, fr. 25 § 3 D. hujus tit., risulta non pertanto da altri passi, che i Giureconsulti romani chiamano con tal nome anche altri possessori di mala fede. Confr. fr. 22, fr. 31 pr. §§ 1 3, fr. 38 D. hujus tit.
(*g*) fr. 36 § 4 D. eod.
(*h*) fr. 20 § 6, fr. 25 § 2, fr. 31 § 3 D. eod.
(*i*) fr. 20 § 6, fr. 23, fr. 30 D. eod.
(*k*) fr. 25 § 4, fr. 40 § 1 D. eod.

quanto agl'interessi è obbligato a rifondere solamente quelli percetti (*l*), e perciò non è obbligato a pagar interessi pel danaro lasciato infruttuoso (*m*): tuttavia egli deve pagar interessi pei frutti da lui percetti prima della contestazione di lite, pel danaro mutuato con interesse, se egli lo ritirò, come pure pel prezzo ricavato dalla vendita di cose appartenenti all'eredità (*n*).

2. Se le cose ereditate si perdettero, ovvero deterioraron di valore, il possessore di mala fede è garante non solo per ogni colpa (*o*), ma benanche pel caso (*p*); ma il possessore di buona fede prima che sia intavolata l'azione ereditaria non è responsabile neppure per la colpa, perchè si presume ch'egli abbia trascurata la cosa propria (*q*); dopo la contestazione della lite non è egli garante pel caso fortuito, ma bensì per ogni colpa (*r*) (confr. questo § nota *f*). — Se si è mutuato con interesse del danaro spettante alla eredità, il possessore di buona fede deve soltanto cedere all'attore i crediti e gl'interessi percetti, ma il possessore di mala fede risponde del capitale (*s*).

In egual modo se il possessore di buona fede pagò dei legati senza essere obbligato (*indebite*), deve soltanto cedere all'erede le azioni tendenti ad ottenere il reintegro; ma il possessore di mala fede risponde delle cose stesse (*t*).

3. Se finalmente furono alienate cose ereditarie, il possessore di buona fede è tenuto al pagamento del prezzo ricavatone solamente in quanto egli ne apparisce arricchito (*u*), e contro il compratore ha luogo l'azione rivendicatoria soltanto allorchè questi non abbia alcun regresso contro il venditore, affinchè il possessore di buona fede non abbia a soffrir danno a motivo dell'evizione (§ 489) (*v*).

Se la vendita fu fatta da un possessore di mala fede per bisogno, egli deve restituire il vero prezzo della cosa, ovvero ciò ch'egli ricevè dal compratore; se poi la vendita fu fatta senza bisogno, in tal caso l'attore ha la scelta di ripetere o il prezzo ricavato dalla vendita, od un importo maggiore mediante il giuramento estimatorio, o finalmente la cosa in natura dal compratore, o da qualunque altro possessore (*x*).

§ 381.

Che cosa debba l'attore prestare al reo convenuto.

Il reo convenuto può pretendere dall'attore:

1. ciò che il defunto gli doveva, tanto se il debito consiste in un'obbligazione civile, quanto se in una naturale (§ 457); dove tuttavia è da rimarcare che il possessore di mala fede non può pretendere l'adempimento dell'obbligazione naturale (*a*);

2. egli ha diritto di diffalcare ciò ch'esso pagò ai creditori dell'eredità,

(*l*) fr. 28 D. eod.
(*m*) fr. 20 § 14 D. eod.
(*n*) fr. 20 § 12, fr. 51 § 1 D. eod. — c. 1 § 1 C. III, 31. eod. — c. 1 C. VI, 35 *De his, quib. ut indignis.*
(*o*) fr. 34 § ult. D. eod. Ma s'esso non ha impetiti i debitori, ciò non gli può venire imputato a colpa, quand'anche le azioni fossero andate perdute, poichè egli non aveva per sè stesso il diritto di agire, fr. 31 § 4 D eod.
(*p*) fr. 20 § 21, fr. 40 pr. D. eod.
(*q*) fr. 25 § 11, fr. 31 § 3 D. eod.
(*r*) fr. 40 pr. D. eod.
(*s*) fr. 30 D. eod. (V. 3).
(*t*) fr. 3 D. XII, 6 *De condict. indeb.* Confr. la seconda nota del § susseguente.
(*u*) fr. 22, fr. 23 pr., fr. 25 § 11 D. V, 3 *De hered. pet.*
(*v*) fr. 25 § 17 D. eod.
(*x*) fr. 20 § 2, 12 e 21, fr. 33 § 1, fr. 36 § 3 D. V. 3 eod.
(*a*) fr. 31 § 1 e 2 D. V, 3 hujus tit.

od ai legatarii, purchè il possessore di mala fede presti cauzione per la difesa dell'attore contro i creditori, ed il possessore di buona fede ceda all'attore la *condictio* ch'egli forse avesse contro colui ch'esso pagò (*b*);

3. può inoltre pretendere la liberazione da tutti i pesi ed obblighi a cui si sottomise a motivo dell'eredità (*c*), come pure

4. il risarcimento delle spese incontrate. Le spese fatte pei frutti restituiti (*d*) egli può sempre ripeterle, anzi un possessore di buona fede ha diritto di farsi risarcire le spese anche nel caso ch'egli non avesse percetto alcun frutto (*e*); un possessore di buona fede può sempre ripetere le spese fatte nella cosa, di qualunque natura esse sieno; ma un possessore di mala fede può ripetere soltanto le necessarie, e può esigere il rimborso di quelle utili solamente in quanto le cose ereditarie si trovino realmente ancora in migliore stato a motivo delle medesime; ciò che fu impiegato per puro piacere si può solamente levare, purchè si possa separare dalla cosa senza pregiudizio della medesima (*f*).

Per le spese il possessore, di regola, ha solamente il diritto di ritenzione, ma nessuna azione (*g*), tranne s'egli possa venir considerato qual mandatario dell'erede, nel qual caso gli compete *l'actio negotiorum gestorum* (*h*).

(*b*) fr. 31 pr. D. hujus tit. — c. 5 C. III, 31 h. t. Confr. il fr. 20 § 1 § in fine e il fr. 17 D. eod. fr. 2-5 D. XII, 6 *De condict. indeb.* (§ ant.)
(*c*) fr. 20 § 20, fr. 40 § 3 D. hujus tit. Confr. anche il § antecedente.
(*d*) § 36 § ult. D. eod.
(*e*) fr. 37 D. eod.
(*f*) fr. 38, fr. 39 D. eod.
(*g*) fr. 33 in fine D. XII, 6 *De condict. indeb.*
(*h*) fr. ult. in fine D. III, 5 *De negot. gest.* — fr. 50 § 1 D. V, 3 hujus tit. — c. ult. § 1 C. III, 31 h. t.

§ 382.

Dell'amministrazione dell'eredità durante il processo.

Ad onta della lite ereditaria, il convenuto non viene escluso dall'amministrazione dell'eredità, ma per la sicurezza tanto dell'attore quanto di altre persone, sono stabilite nei nostri fonti alcune relative particolari prescrizioni (*a*):

1. le azioni personali spettanti all'eredità possono venire istituite soltanto dal possessore, ed in vero solamente quanto vi sia pericolo che si estinguano colla prescrizione (*b*), ma le reali possono venir istituite tanto dal possessore quanto dall'attore medesimo (*c*).

2. I creditori dell'eredità possono impetire tanto l'attore che il possessore riguardo ad una cosa indeterminata (*genus*) o ad una quantità, ma riguardo ad una cosa determinata (*species*) possono impetire soltanto il possessore; e questi dopo ultimato il processo, s'egli fu soccombente, può venir condannato alla restituzione dell'eredità soltanto sotto la condizione che l'attore gli debba soddisfazione per tutto ciò ch'esso fece e che aveva diritto di fare. In egual modo deve il giudice provvedere che l'attore, se restò soccombente nel processo ereditario, ottenga indennizzo nei casi mentovati, o se a ciò non si provvide, gli compete una *condictio ex lege*, o l'azione per tenuta amministrazione senza mandato (*d*).

3. I legatarii possono bensì pretendere subito dall'erede i legati lasciati, ma tuttavia devono prestar cauzio-

(*a*) Wening III, 5, § 197 — Seuffert III, § 581.
(*b*) fr. 49 D. V, 3 *De hered. pet.*
(*c*) fr. 49 D. eod.
(*d*) c. 12 § 1 C. III, 31 *De hered. pet.* Confr. anche il fr. 4 § 1 D. XXXV, 3 *Si cui plus, quam per leg.*

ne ch'essi li sostituiranno, se mai l'eredità fosse per essere evitta da un terzo (*e*).

4. La vendita degli effetti ereditarii è permessa se sono soggetti al pericolo di deperimento, o di deterioramento, se il possessore presta cauzione per la intiera eredità (*f*).

§ 383.
Dell' interdetto de tabulis exhibendis.

Non di rado all'azione ereditaria precede l'interdetto *de tabulis exhibendis*, e si serve di questo chi ha interesse di vedere il testamento, contra il detentore del medesimo, chiedendone la produzione, o la prestazione dell'interesse (*a*).

§ 384.
Della querela nullitatis e inofficiosi testamenti *in generale* (*a*).

La esclusione dai successori necessarii si fa o mediante diseredazione, o mediante preterizione (§ 329); e l'effetto di questa esclusione può essere che il diseredato o preterito accampi la querela *nullitatis*, o chiegga il possesso de' beni contro il tenore del testamento (*bonorum possessio contra tab.*), o che finalmente, se non ha luogo alcun'altra azione, faccia uso della querela *inofficiosi testamenti*.

Sopra di ciò valgono le seguenti norme:

I. Se i successori necessarii sono istituiti nella legittima, non possono impugnare il testamento; ma se non fu loro lasciata la piena legittima, hanno soltanto un'azione pel reintegro della stessa (§ 390) (*b*),

II. Se poi i successori necessarii sono diseredati o preteriti, in tal caso bisogna distinguere fra il Diritto anteriore alla Novella 115, e questa Nov. medesima:

A. Secondo il Diritto anteriore ad essa:

1. Gli eredi suoi (*sui*) che venivano preteriti o non debitamente diseredati dal padre di famiglia potevano impugnare il testamento colla querela *nullitatis*, o come *nullum*, o come *ruptum*, secondo che essi al momento dell'erezione del testamento erano già *sui*, o diventarono tali posteriormente (*c*). Ai figli emancipati ch'erano preteriti, o non debitamente diseredati, accordava il Pretore la *bonorum possessio contra tabulas* (§ 303).

2. Ma se i *sui* o figli emancipati erano loro paterni ascendenti debitamente diseredati, non aveano altro mezzo legale, che la querela *inofficiosi testamenti*, quando potevano provare di essere stati diseredati in modo ingiusto, ed in ciò secondo la interpretazione de' Giureconsulti si appoggiavano alla ragione, che il padre non doveva essere stato sano di mente, perchè fece un testamento così ingiusto (*d*).

3. Contro il testamento della madre degli ascendenti materni, come pure degli ascendenti paterni di sesso femminile, e contro il testamento de' discendenti, aveva sempre luogo soltan-

(*e*) fr. 48 § 1 D. XXXI, *de legat.* II. — fr. 4 § 1 fr. 8 D. XXXV, 3 *Si cui plus, quam per leg.* — c. 12 pr. C. III, 31 hujus tit. — c. 9 C. VI, 37 *de legat.*

(*f*) fr. 5 pr. fr. 53 D. hujus tit. — fr. 15 in fine D. XLVIII, 18 *de quaestion.* - Confr. anche il fr. 20 § 16 D. hujus tit. (V. 3).

(*a*) D. XLIII, 5. — C. VIII, 7 *de tab. exib.*

(*a*) *Inst.* II, 18 — D. V, 2 — C. III, 28 *de inoff. test.*

(*b*) § 3 *Inst.* hujus tit. — c. 35 § 2 C. III, 28 hujus tit.

(*c*) pr. *Inst.* II, 13 *de exered. lib.* — fr. 30 D. XXVIII, 2 *de lib. et post.* — Ulp. XXII, 14 seq.

(*d*) fr. 1-3 D. V, 2 hujus tit. I figli emancipati dovevano per altro in simile caso riconoscere il possesso de' beni *ex edicto unde liberi*, che si appellava eziandio *b. p. litis ordinandae gratia*, fr. 6 § 2, fr. 7, fr. 8 pr. D. V, 2 hujus tit.

to la querela *inofficiosi*; tanto se i successorì necessarii erano stati diseredati, quanto se preteriti (*e*), e così pure

4. Contro i testamenti dei fratelli e sorelle, se aveano istituito erede una persona infame (*f*).

Tuttavia, secondo il Diritto antico, gli effetti di tutti tre questi mezzi legali, cioè della querela *nullitatis, inofficiosi test.* e *bon. possessio contra tab.*, erano eguali, mentre per mezzo di essi si annullavano non solo la istituzione di erede, ma benanche tutte le altre disposizioni (*g*) (confr. § 303).

B. Il diritto nuovo ossia la Novella 115, non ha fatto riguardo ai fratelli e sorelle verun cambiamento; a questi dunque compete ancora nel dato caso la querela *inoff. testam.* cogli stessi effetti di prima. Non cambiò nulla neppure circa l'obbligo del padre d'istituire i suoi discendenti, o di legalmente diseredarli. Se dunque il padre preterì i suoi, o non li diseredò nel debito modo, possono essi, secondo il Diritto nuovo, come secondo il vecchio, accampare la querela di nullità, e gli emancipati domandare la *bonorum possessio contra tab.* (*h*).

Riguardo agli ascendenti e discendenti venne perciò mutato il Diritto antico solamente in questo, che Giustiniano ordinò di dovere addurre in ogni diseredazione e preterizione un motivo legale (§ 330). Qual rimedio legale abbia poi luogo nel caso che non venga osservata questa prescrizione, contro la ingiusta diseredazione o preterizione, è molto dubbio e controverso (*i*).

(*e*) §§ 2, 7 *Inst.* II, 13 *de exered. lib.* — § 1 *Inst.* II, 18 hujus tit. — c. 17, 28 C. III, 28 h. t.

(*f*) c. 27 C. III, 28 eod.

(*g*) § 1 *Inst.* II, 17 *Quib. mod. test. infirm.* — fr. 8 § 16, fr. 28 D. V, 2 hujus tit. fr. 7 D. XXVIII, 2 *de lib. et posth.*

(*h*) Mackeldey § 661.

(*i*) Confr. specialmente Glück VII, p. 335-355.

Alcuni sono d'avviso aver luogo la querela *nullitatis ex jure novo* (*k*), altri la querela *inoff. testam.* per altro convengono in ciò, che ambedue questi rimedii legali sieno atti ad annullare soltanto la istituzione di erede, e che restino valide tutte le altre disposizioni, mentre Giustiniano nella Novella 115, cap. 3 in fin., disse: « *quantum ad institutionem perti-* » *net, testamento evacuato .... lega-* » *ta, fideicommissa aut libertates, aut* » *tutorum dationes jubemus adim-* » *pleri.* » Altri finalmente abbracciano un'opinione di mezzo, e dicono che la querela di nullità ha luogo quando non fu espresso alcun motivo di diseredazione, o almeno non un motivo legale; e che abbia luogo la querela d'inofficiosità quando il motivo riportato non è vero (*l*). A questa opinio-

(*k*) Schneidt nella sua *Diss. de querela inoff. inter parentes et liberos exules*, Wirceb. 1778, la chiama *Condictio ex Novella* 115. Altri, come Thibauth § 817 e 819 e Wening III, 3 § 136, la denominano *Querela nullitatis ex jure novo* ed *hereditatis petitio qualificata.* Confr. F. W. Gambsjäger *Commentatio de testamento in genere, in specie inoff. una cum remediis juris*, (P. IV, § 2 nota 3)

(*l*) Westphal *Teoria del Dir. rom. sui Testamenti* § 348, 339 e 361. Madhin *Princip. jur. rom. de successione* § 141. — Muhlenbruch *Doctrina Pandect.* III, § 584. Che vi sia qualche differenza fra una diseredazione secondo il Diritto Giustinianeo, ed una diseredazione secondo il Diritto antico, non lo si può in vero negare; imperciocchè, secondo il Diritto nuovo, sarebbero certo da respingersi gli eredi, i quali, non avendo il testatore espresso alcun motivo legale della diseredazione, si offrissero di provare che il successore necessario sia stato meritamente diseredato, laddove, secondo il Diritto antico, essi dovevano essere ammessi a una tal prova. Confr. § 330. Veggasi però ciò che osserva in contrario Gluck nel *Comm.* p. 330. Muhlenbruch nel *Comm.* a Gluck XXXVII, p. 335-349 si dichiara ora per la querela di nullità, come per essa si dichiara anche Francke nel suo *Diritto degli eredi necessarii* p. 366, laddove F-r. negli *Annali* di Schunck XIX, 3, p. 260 sta per la *querela inoff. test.* almeno in un caso. Considerato che per amendue queste opinioni si possono addurre forti ragioni, passerà probabilmente ancor lungo tempo prima che i Giureconsulti possan convenire nella stessa sentenza.

ne si oppone precipuamente la circostanza che ella stabilisce una distinzione, la quale non è minimamente fondata nella legge, poichè Giustiniano senza distinguere parla in generale: « *si autem haec (omnia) observata* » *non fuerint, nullum exheredatis li-* » *beris praejudicium generari jube-* » *mus.* »

Contro la prima opinione noi difendiamo la seconda, ossia la querela d'inofficiosità, per le seguenti ragioni (*m*). Giustiniano nella citata Novella non ha in verun luogo espressamente abolita la querela *inoff. testam.* o sostituitovi qualche altro rimedio legale. Ma un'abolizione di tante leggi che nel Codice e nelle Pandette trattano di quest'azione si può in dubbio tanto meno presumere, quanto più è noto che Giustiniano non fece mai verun cambiamento nel Diritto antico senza grande apparato, e senza dar molta lode a sè stesso. A ciò si aggiunge che l'espressioni usate nella Novella: (*rescindere, evertere scil. testamentum*) hanno di mira una disposizione valida secondo lo stretto Diritto e la querela d'inofficiosità. Se deve avere poi anche riguardo all'autorità dell'antecessore Giuliano, il quale nell'Epitome, Novella 115, parla di un testamento inofficioso e della sua impugnazione.

Del resto convengono i giureconsulti in ciò, che le massime relative all'indennizzo, al reintegro dei frutti e delle spese in qualunque azione di eredità qualificata sieno totalmente le stesse di quelle che noi abbiamo spiegate per l'azione ereditaria semplice (§ 380 e 381). Ma nel resto vi sono alcune differenze tra la querela *nullitatis* e *inoff. testam.*, come spiegheremo più sotto (§ 388, n. 5 e 6).

(*m*) Kaufmann § 194, nota *d*.

§ 385.

A chi competa la querela inoff. test., *in qual ordine e quando.*

La querela d'inofficiosità compete primieramente ai discendenti, poi agli ascendenti, e finalmente ai fratelli ed alle sorelle secondo le norme da noi riportate nell'antecedente §, ed in vero ai discendenti soltanto allorchè furono bensì debitamente, ma non legalmente diseredati, cioè non secondo la Novella 115, dall'ascendente paterno di sesso maschile (*a*).

Tutti gli altri aventi diritto alla legittima hanno soltanto la querela d'inofficiosità, mentre tutti i testatori tranne il padre e gli ascendenti maschili di lato paterno possono non solo diseredare, ma benanche preterire i loro successori necessarii (*b*) (§ 329, verso il fine).

Se sono molti a cui competa l'azione, ed uno di essi venga a mancare, per aver rinunziato al proprio diritto, o perchè ne venne escluso in virtù di prescrizione, o di giudiziale sentenza su quella fondata, la sua porzione si accresce agli altri (*c*).

Ma se colui, che qual erede più prossimo, è solo chiamato all'azione, non può o non vuole intentarla, in tal caso i più dei Giureconsulti sono d'avviso che abbia luogo una così detta *successio ordinum*, ma non *gra-*

(*a*) Se i *sui* non furono diseredati debitamente (*non rite*) possono servirsi della querela di nullità, e gli emancipati della *b. p. contra tabulas* (confr. il § antec.).

(*b*) § 7 *Inst.* II, 13 « *silentium enim matris aut avi materni et ceterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exeredatio patris* ». — Quelli che sostengono che dal trascurare le prescrizioni della Nov. 115 nasca la querela di nullità, devono altresì ammettere che la querela d'inofficiosità non possa più aver luogo rispetto a' discendenti ed agli ascendenti. Wening III, 5, § 158.

(*c*) fr. 17 pr., fr. 23 § 2 D. V, 2 hujus tit. Gluck XXX, p. 411.

duum, cioè che l'azione passi alla classe susseguente, non già alle persone posteriori della classe medesima; cosicchè se il figlio rinunzia all'azione, passi questa agli ascendenti e non al nipote del defunto (*d*).

Tuttavia sembra più verosimile, e più conveniente alla natura della cosa, che abbia luogo la *successio graduum*, e che il nipote del defunto non venga escluso dai di lui ascendenti (*e*).

§ 386.

Contro chi sia essa diretta.

L'azione va diretta contro l'erede testamentario, il quale abbia già fatta l'adizione dell'eredità (*a*), ed in vero contro qualunque persona, se chi ne fa uso è un discendente od ascendente, e soltanto contro una persona infame, se viene intentata da un fratello o da una sorella (*b*); inoltre va essa diretta contro coloro che subentrano invece di un erede testamentario, e contro gli eredi dello stesso o il fedecommessario, al quale fu restituita l'eredità dall'erede istituito (*c*); e finalmente anche contro il fisco se abbia occupata la facoltà dall'erede (*d*).

§ 387.

Effetti dell'azione.

I. Se fu vittorioso l'attore, e se questo era un discendente o un ascendente, secondo il Diritto nuovo resta annullata la istituzione di erede, ma tutte le altre disposizioni restano in vigore (§ 384).

1. Se l'attore sarebbe stato l'unico erede intestato, o se quelli, a'quali egualmente competeva l'azione sono mancati (§ 385), in tal caso viene annullata l'intiera istituzione di erede, e si fa luogo alla successione intestata, per cui il vincitore acquista, di regola, tutta l'eredità, tranne se esistano persone, le quali, ad onta che non competesse loro l'azione, abbiano diritto di succedere *ab intestato*, poichè queste in tal caso concorrono col vincitore (*a*).

Ma se taluno fra quelli che non vengono ammessi alla successione intestata intentò querela per causa d'inoffi-

(*d*) Gluck VII, p. 380 390.

(*e*) fr. 31 pr. D. V, 2 *de inoff. test.* « *Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videntum est. Et placuit posse, ut fiat* successioni *locus.* » La parola *successio* viene spiegata nel § 7 *Inst.* III, 2 *de legit. agnat. success.* così: *proximo gradu deficiente sequens succedit.* » Non ostano il fr. 9 § 2 D. XXVIII, 2 *de lib. et posth.*, ed il fr. 6 pr. D. XXVIII, 3 *de injusto, rupto*, poichè in amendue questi passi è detto soltanto, che se il figlio sia stato diseredato e sia morto prima che l'erede istituito abbia adito l'eredità, il nipote preferito non rompe il testamento, nè lo può impugnare come nullo. Nemmeno la c. 34 C. III, 28 *de inoff. test.* non si oppone, poichè le parole di Giustiniano: *et hoc* (che cioè il nipote non abbia azione, se il figlio non possa o non voglia agire) *nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt* » fanno apertamente conoscer che altri Giureconsulti erano di opinion contraria. Oltracciò in quella Costituzione altro non è detto, se non che il nipote può agire non solo in nome proprio, ma anche come rappresentante del padre, mentre accade talvolta ch'esso non possa promovere senza pericolo la querela in proprio nome, come per es. nel caso ch'esso sia stato diseredato per una causa legittima espressa nel testamento, e vi fosse da temere che l'erede istituito la potesse provare. Più in esteso svolge questa materia Donell nel suo *Comm. jur. civ.* lib. 19 cap. 7. — Muhlenbruch nel *Comm.* a Gluck XXXV, p. 478 impugna questa successione graduale specialmente pel motivo, che secondo il diritto delle Pandette non vi abbia una *successio graduum* in ogni classe. conviene per altro con noi nel punto più essenziale, che cioè il nipote non possa essere escluso dagli ascendenti.

(*a*) fr. 8 § 10 D. V, 2 *de inoff. test.*

(*b*) c. 27 C. III, 28 *de inoff. test.*

(*c*) c. 1 C. eod.

(*d*) c. 10 C. eod.

(*a*) Se pertanto il padre rimase vincitore, e se esiste un fratello germano del defunto, il detto fratello concorre col padre nella divisione della eredità, poichè anch'esso è erede intestato. Ma la madre, che avesse rinunziato al suo diritto di agire, rimane esclusa (§ 385), Confr. il fr. 21 § 2 D. V. 2 *de inoff. test.*

ciosità, e ne riportò per accidente vittoria, questa non giova ad esso, ma a quelli a cui compete la successione intestata, poichè per essa il padre di famiglia è come se fosse morto *ab intestato* (*b*).

Ma se la istituzione fu annullata soltanto in parte, p. e. nel caso che uno dei figli fosse istituito, e l'altro diseredato, l'attore non può acquistare se non se quanto è necessario per formare la sua porzione intestata, l'erede testamentario ed il vincitore pagano i debiti ed i legati in proporzione (*c*); il testatore in tal caso morì in senso stretto *pro parte testatus, pro parte intestatus*, e gli altri eredi legittimi non conseguiscono per tale annullazione alcun vantaggio (*d*);

2. Se l'azione fu intentata da un fratello o da una sorella nel caso che fosse stata istituita erede soltanto una persona turpe, allora si annulla non solo la istituzion di erede, ma ben anche ogni altra disposizione (§384) (*e*).

Se poi il testatore istituì anche una persona onorata, il testamento si annulla soltanto riguardo a quella parte che avrebbe dovuto acquistare la persona turpe; e perciò in tal caso si fa luogo nuovamente alla successione testata ed intestata: e il vincitore ed erede testamentario pagano in proporzione i debiti dell'eredità (*f*), la sostituzione pupillare resta in vigore (*g*); ma i legati cadono in proporzione che il testamento venne annullato (*h*).

II. Se l'attore fu soccombente in causa, e persistè nella stessa fino al suo termine, esso perde anche ciò che gli fu lasciato nel testamento come legato o fedecommesso, e subentra in sua vece il fisco (*i*); questa prescrizione per altro non può venir applicata ad un impubero arrogato (*k*).

§ 388.

Quando cessi la querela d'inofficiosità.

La querela d'inofficiosità cessa:

1. se vi è un altro mezzo per impugnare il testamento (*a*);

2. nel testamento militare, ed in quello dove un *filiusfamilias* dispose del peculio castrense o quasi-castrense (352 e specialmente questo § in fine);

3. se i diseredati riconobbero spontaneamente ed in proprio nome il testamento (*b*), tanto se ciò sia seguito espressamente(*c*), quanto se tacitamente, il che ha luogo p. e. se essi comperarono tutta la eredità o singole parti di essa, essendo consapevoli che i venditori ne erano istituiti eredi, o se essi presero in locazione qualche cosa della medesima, o fecero qualche altro simile contratto, o se pagarono all' erede ciò, di che andavano debitori al testatore ec. (*d*).

(*b*) fr. 6 § 1 D. V, 2 hujus tit. — Nov. 115, c.3 § 14 in fine « *liberos tanquam* ab intestato ».

(*c*) fr. 15 § 2 D. hujus tit.

(*d*) fr. 16 pr., fr. 17 pr., fr. 19, fr. 25 § 1 D. hujus. tit.

(*e*) fr. 8 § 16, fr. 17 § 1 D. hujus tit. Non osta la c. 4 Auth. *Ex causa*. C. VI, 28 *de liber. praet.*

(*f*) arg. fr. 15 § 2 D. V, 2 hujus tit.

(*g*) arg. fr. 8 § 5 D. eod. Ciocchè abbiam detto al § 344 nella nota *i* del testamento paterno vale per analogia anche del testamento fraterno nel caso che il fratello a senso del § 385 venga ammesso ad impugnare il testamento per ciò, che quelli che lo potrebbero impugnare in preferenza di lui non lo abbiano voluto o non lo abbian potuto fare.

(*h*) fr. 76 pr. D. *de legat.* II. — fram. 11 § 2 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falc.* - c. 13 C. III, 28 *de inoff. test.* I legati però ed altre simili disposizioni restano in vigore, se l'erede venne condannato in contumacia, fr. 17 § 1 D. V, 2 hujus tit.

(*i*) fr. 8 § 14 D. hujus tit.

(*k*) fr. 8 § 15 D. eod.

(*a*) § 2 *Inst.* II, 18 *de inoff. test.* - c. 4 in mezzo C. VI, 28 *de lib. praet.* « *nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querela positum esset.* »

(*b*) fr. 10 § 1 D. V, 2 hujus tit.

(*c*) fr. 31 § 4 D. hujus tit. — c.35 § 1 C. III, 28 hujus tit

(*d*) fr. 23 § 1 D. eod.

Secondo il Diritto antico, aveva luogo il tacito riconoscimento anche quando taluno accettava un legato disposto a suo favore (*e*), perchè la querela d'inofficiosità innanzi Giustiniano annullava tutto il testamento con ogni sua disposizione, e ciò vale anche secondo il Diritto nuovo relativamente ai fratelli e sorelle. Ma siccome in virtù della Novella 115 la querela d'inofficiosità relativamente agli ascendenti e discendenti non annulla i legati; così sembra doversi osservare se il pagamento del legato sia stato addossato all'erede ovvero ad un terzo. In quest'ultimo caso il diseredato può accettare il legato ed anche accampar la querela, poichè se anche egli riconosce il legatario o fedecommessario che fu incaricato del legato, non ha egli per questo riconosciuto ancora l'erede per tale. Ma nel primo caso sarebbe in contraddizione accettando il legato e volendo anche far uso della querela, poichè dal momento ch'egli accetta dall'erede un legato lo riconosce per erede; e se in seguito insorgesse colla querela d'inofficiosità, non lo riconoscerebbe più come tale, e così cadrebbe in contraddizione con sè stesso (*f*).

4. Nella sostituzione pupillare (§ 341 e 342).

5. Colla morte del diseredato, poichè ella non passa agli eredi quando non sia prima stata preparata dal defunto, ciò che si rileva dalla sua volontà dichiarata con parole o con fatti (*g*); inoltre anche i nipoti possono far uso di questa azione in nome del loro padre, se il figlio fosse morto durante il tempo concesso all'erede istituito per deliberare (*h*) (§ 385).

6. Col decorso di cinque anni dal giorno dell'azione dell'eredità (*i*); ma se fu prima intentata l'azione di nullità, il decorso di cinque anni non è più di verun pregiudizio all'attore, poichè durante la ventilazion del processo non si può dire ch'egli sia stato in mora (*k*), e per quelli ai quali si trasmette la querela in via di successione il periodo di cinque anni decorre soltanto dal giorno in cui i loro autori rinunziarono all'azione, perdettero il processo, o ne furono esclusi dalla prescrizione (*l*).

7. Se il testatore istituì solamente i suoi discendenti e preterì un postumo, e poi impedito da un caso impreveduto non ha più cambiato il suo testamento, questo in tal caso resta valido ed il preterito acquista una porzione virile non altrimenti che se fossero istituiti tutti i discendenti (*m*).

§ 389. *Della querela di nullità.*

Circa la querela di nullità, come già apparisce dal fin qui detto, sono da osservarsi le seguenti particolarità.

1. Propriamente essa non spetta che ai *sui*, i quali dal loro ascendente paterno di sesso maschile non furono istituiti nè debitamente diseredati (*a*).

2. essa produce l'effetto che tutto il testamento con tutte le sue disposizioni, viene annullato (§ 384, *h*);

(*e*) fr. 10 § 1, fr. 12 § 2 D. eod.
(*f*) Gluck VII, p. 480-482.
(*g*) fr. 6 § 2, fr. 7 D. hujus tit.
(*h*) c. 34, c. 36 in fine C. hujus tit. Confronta Muhlenbruch in Gluck *Comm.* XXXV, p. 466, contro Marezoll nel *Giorn. pel Dir. e Proc. civ.* III, 3, p. 343 il quale non ammette come condizione la morte del figlio durante il tempo che ha per deliberare l'erede.
(*i*) fr. 8 § 17, fr. 6 D. hujus tit. — c. 36 § 2 C. eod.
(*k*) c. 16 C. hujus tit.
(*l*) Gluck VII, p. 460.
(*m*) c. 3 C. III, 28 hujus tit.
(*a*) § 384. Siccome per la Nov. 118 i figli emancipati succedono *ab intestato* nello stesso modo dei *sui*, così sembrerebbe che potessero servirsi anch'essi della querela di nullità anzichè della *b. p. contra tabulas* contro un testamento, in cui fossero stati preteriti o non debitamente diseredati. Hartitzsch p. 117.

3. passa agli eredi se anche non fu preparata (*b*);

4. si estingue soltanto entro trenta anni (§ anteced. n. 6), e

5. l'attore, quantunque resti soccombente nel processo, non perde altri vantaggi che gli furono destinati nel testamento, come p. e. i legati ec. (*c*).

§ 390.

Dell'azione pel completamento della legittima (*a*).

Per quanto piccola sia la porzione in cui siano stati istituiti dei discendenti od ascendenti, il testamento non può venir impugnato (§ 384, I). ma il danneggiato deve ripetere dall'erede istituito mediante la *condictio ex lege* (*b*) 30 C. *De inoff. test.* quanto manca alla sua legittima, e perciò questa *condictio* si chiama anche *actio suppletoria* ovvero *expletoria*.

Essa è totalmente diversa dalla querela d'inofficiosità, poichè l'azione suppletoria non annulla mai il testamento, essa è puramente personale (*c*), e compete all'erede della persona pregiudicata, se anche non fosse stata preparata (*d*); inoltre non si perde quantunque si riconosca il testamento, o si accetti un legato (*e*), ed all'attore, quantunque gli resti soccombente, non viene tolto quanto gli era destinato nel testamento (§ 387 verso il fine); finalmente non si estingue già entro cinque, ma entro trenta anni (*f*).

(*b*) Confr. il § antec. n. 5.
(*c*) Hartitzsch § 127.
(*a*) E. H. Eden *de actione, qua legitimae portionis repletio petitur*, Gotting. 1818. — G. J. De Schleinitz *de actione, qua ad legit. portionem supplendam agitur*, Gottinga 1819 - Gluck *Comm.* XXXVI, p. 1-38.
(*b*) § 3 *Inst.* 18 *de inoff. test.* — c. 30 pr. C. III, 28. — c. 31, 32, 34, 35 § 2 e 3 C. eod. con la Nov. 115, c. 3-4.
(*c*) Gluck VII, p. 146 — Voet *Comm. ad Pand.* V, 2 *de inoff. test.* n. 70.
(*d*) c. 30 pr. C. eod.
(*e*) c. 35 § 2 C. eod.
(*f*) Non osta la c. 34 C. eod. - Gluck VII, § 147.

Ma un fondato motivo di diseredazione esclude anche quest'azione (§ 329): sembra per altro ch'essa abbia luogo se qualcheduno fu diseredato con buona intenzione, e non acquistò neppure gli alimenti, mentre per la natura di questa diseredazione, e per gli esempi che se ne trovano nei nostri fonti, è chiaro che al diseredato con buona intenzione devono venir lasciati almeno gli alimenti (*g*).

§ 391.

Della condictio ex constitutione D. Pii *nonchè* ex Nov. 117, c. 5.

Un impubere arrogato può ripetere dalla facoltà dell'arrogante (§ 326), ed una moglie che non abbia beni dalla facoltà del suo marito che ne abbia (§ 326), la porzione assegnata loro per legge, ed in vero il primo mediante la *condictio ex constitutione D. Pii* (*a*), e la seconda mediante la *condictio Nov.* 117, c. 5 (*b*).

§ 392.

Rimedii legali possessorii.

I. *Interdictum quorum bonorum:* e
II. *Remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo.*

L'interdetto *quorum bonorum* è un mezzo legale per acquistare il possesso (*a*) di cose ereditarie corporali (*b*), del quale fa uso il possessore de' be-

(*g*) Voet *Comm. ad Pand.* V, 2 *de inoff. test.* n. 22.
(*a*) fr. 8 § 15 D. V, 2 *de inoff. test.* — fr. 2 § 1 D. X, 2 *Famill. erciscund.* - fr. 1 § 21 D. XXXVII, 6 *de collat.*
(*b*) Confr. la citata Nov.
(*a*) D. XLIII, 2. — C. VIII, 2 *Quorum bonor.* Noi ci siamo attenuti a Löhr nell'*Arch. della Pr. civ.* XII, 1 p. 85 sull'interdetto *quorum bonorum* ed in parte anche a Thibaut nello stesso *Arch.* X, 3, p. 456. — Savigny nel *Giorn. della Giur. stor.* V, n. 1 all'opposto è di parere che coll'interdetto *quorum bonorum* non solo si domandasse l'acquisto del possesso, ma si sostenesse eziandio il diritto di eredità.
(*b*) fr. 2 D. hujus tit.

ni (*c*), anzi anche l'erede civile, quando ottenne il possesso de' beni (*d*), contro colui che possiede le cose ereditarie *pro herede* ovvero *pro possessore*, o cessò dolosamente di possederle (*e*).

L'attore deve solamente provare di avere acquistato il possesso de' beni, e perciò il convenuto col sostenere di avere un più forte diritto ereditario non può impedire l'efficacia dell'interdetto, ma deve accampare l'azione ereditaria contro il possessore dei beni (*f*).

2. L'erede istituito in un testamento scritto (*g*), se questo non è affetto di alcun vizio visibile (*h*), può chiedere dal giudice l'immissione in possesso di quelle cose che appartenevano al testatore al momento della sua morte, e non sono legittimamente possedute da un terzo, e ciò si suol chiamare ***remedium ex lege ultima C. de edicto D. Hadriani tollendo***. Se non vi è alcun avversario, l'immissione in possesso ha luogo immediatamente, e ciò anche se l'avversario non abbia in suo favore un testamento più recente ed altrettanto valido riguardo alla forma, o non si trovi in possesso delle cose ereditarie per qualche titolo particolare, nè sia protetto dalla *possessio longi o longissimi temporis*. Contro la decisione del giudice non ha luogo appellazione (*i*).

§ 393.

III. *Possesso de' beni.*

1. *secondo l'editto carboniano.* (*a*).

Un impubere (*b*), a cui si contrasti il suo stato e la capacità (*c*) di succedere al padre o all'avo paterno (*d*), se egli sembra opportuno, e non consti la sua incapacità da un esame sommario (*e*), può pretendere che il processo venga differito sino alla sua pubertà, ed egli immesso nel possesso dei beni paterni, onde percepirne gli alimenti (*f*).

Se il pupillo presti cauzione, viene accordato il possesso a lui solo, ma in caso diverso si accorda anche all'avversario, anzi questi viene perfino incaricato dell'amministrazione se avea già prestata sicurtà; e se nessuno di essi la presta, viene costituito un curatore per la eredità (*g*).

Nel processo quegli che avea prestata cauzione non insorge come attore, ma come convenuto (*h*).

Se quei che restano soccombenti sono figli, o figlie, essi non restituiscono gli alimenti (*i*).

Del resto il possesso de' beni secondo l'editto carboniano non viene ac-

(*c*) §§ 1, 3 *Inst.* IV, 15 *de interdict.* — fr. 1 pr. D. hujus tit.

(*d*) Gaji III, § 34.

(*e*) § 3 *Inst.* IV, 15 *de interdictis.* — fr. 1 pr., D. hujus tit. c. 2 C. hujus tit.

(*f*) Löhr nella citata *Dissertaz.* p. 109 e nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* VI, 3, p. 325 circa la c. 3 C. hujus tit. Anche Fabricius nel *Mus. ren.* IV, 2 c. 204 e con lui molti altri sono d'avviso che, secondo il Diritto nuovo, non vi sia alcuna differenza fra questo interdetto e la petizione d'eredità.

(*g*) Perciò nè un erede intestato, nè un erede istituito in un testamento nuncupativo.

(*h*) Vale a dire, quanto alla forma esterna per es. rispetto alla sottoscrizione del testatore e dei testimonii.

(*i*) C. VI, 33 *de edicto D. Hadriani tollendo* — fr. 7 pr. D. XLIX, 5 *de appell. recip.* — c. 6 C. VII, 65 *Quorum appellat non recipiantur.*

(*a*) D. XXXVII, 10. — C. VI, 17 *de Carboniano edicto.* — Kaufmann tratta di queste specie di possesso dei beni nel § 182, ma veggasi in proposito il § 304 di quest'opera.

(*b*) fr. 3 § 3 D. hujus tit.

(*c*) fr. 1 § 10, fr. 3 § 2, fr. 6 § 3, fr. 7 pr. § 1, fr. 8 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 3 § 7, fr. 7 § 7 fr. 11 in fine D. eod.

(*e*) fr. 3 § 4, 5 D. hujus tit.

(*f*) fr. 1 pr. fr. 6 § 5 D. eod.

(*g*) fr. 5 pr. § 1, 2, 5, fr. 15 D. eod. — c. 1 C. eod.

(*h*) fr. 6 § 6 D. eod.

(*i*) fr. 5 § 3 D. eod. — c. 2 C. eod.

cordato, se l'impubere fu debitamente diseredato (*k*).

§ 394.

Possesso de' beni — 2. *in nome di un nascituro* (ventris nomine) (*a*).

Ad esempio del possesso de' beni in base all'editto carboniano (*b*), una vedova incinta, in riguardo al figlio nascituro, a cui spetterebbe l'eredità (*c*), se fosse già nato, viene ammessa ne' beni del defunto onde percepirne gli alimenti, colla differenza per altro che se il figlio aspettato è un *suus*, la vedova ottiene il possesso dei beni sempre ed in ogni circostanza (*d*), altrimenti poi soltanto nel caso ch'essa non si possa mantenere in altro modo (*e*).

Di regola, non ha luogo una disamina, tranne se viene negato che la vedova sia stata la moglie, o la nuora del defunto, che sia di lui incinta, la qual contestazione viene in dubbio decisa in favore del nascituro (*f*).

Se vi sono coeredi, vengono simultaneamente immessi nel possesso (*g*). Pel postumo viene costituito un curatore, il quale amministra la eredità, e somministra alla vedova gli alimenti (*h*), i quali per altro devono venir restituiti, se ella si spacciò falsamente per gravida (*i*).

(*k*) fr. 20 D. V, 2 *de inoff. test.*

(*a*) D. XXV, 5 *Si ventris nomine.* — D. XXV, 6 *Si mulier ventris nomine.* — D. XXXVII, 9 *De ventre in poss. mitt.*

(*b*) fr. 1 § 14 e 15 D. XXXVII, 10 *De carbon. edicto* vien chiamato *bonor. poss. ex edicto Carboniano.*

(*c*) fr. 1 § 11, fr. 10 D. XXXVII, 9 cit.

(*d*) fr. 1 pr. § 2, fr. 7 pr. D. XXXVII, 9 cit.

(*e*) fr. 6 D. cit.

(*f*) fr. 1 § 14 e 15, fr. 7 § 1 D. XXXVII, 9 cit. — fr. 5 § 3 D. XXXVII, 10 *Carb. edict.*

(*g*) fr. 121 D. XXX *de legat.* I. — fr. 7 § 2 D. XXXVII, 9 hujus tit.

(*h*) fram. 1 § 17, 19, 21, 22, 26, fr. 5 pr. § 1 D. hujus tit.

(*i*) fr. 1 § 28, fr. 3, fr. 9 D. hujus tit. - D. XXV, 6 *Si mulier ventris nom.*

Questo possesso dei beni dura finchè la vedova partorisce o abortisce, o finchè consti con piena certezza non essere ella gravida (*k*).

§ 395.

Il possesso de' beni — 3. *in nome di un demente* (*a*).

Un demente *suus* acquista come gli altri *sui* l'eredità *ipso jure* (*b*) (§ 359).

Per un demente che non sia un *suus* può un tutore acquistare la eredità; ma non mai un curatore; poichè quest'ultimo può conseguire soltanto il possesso delle cose ereditarie, onde percepirne gli alimenti, se ha riconosciuto la *bon. possess.*, nel qual caso non c'è bisogno di verun giudiziale decreto (*c*).

Se egli non accettò il possesso dei beni, questo in tal caso viene accordato provvisoriamente all'erede più prossimo (*d*).

Se il demente riacquista l'intelletto, ed adisce l'eredità, allora egli diviene vero erede; s'egli poi vi rinunziò, ciocchè sta in suo arbitrio, o se morì in istato di pazzia, allora la eredità passa ai sostituiti, o ai coeredi, o in loro mancanza agli eredi intestati ed in vero a quelli che al momento della morte del pazzo, o al momento ch'egli rinunziò all'eredità, erano i più prossimi eredi del testatore (*e*).

(*k*) fr. 1 § 27 D. XXXVII, 6 hujus tit.

(*a*) D. XXXVII, 3 *de bonor. poss. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente.*

(*b*) fr. 63 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. her.* — c. ult. § 2 C. V, 70 *de curatore furiosi vel prodigi.*

(*c*) fr. 1 § 3 D. XXXVIII, 9 *de successorio edicto.* — fr. 2 § 11, 13 D. XXXVIII, 17 *Ad senatus. Tertyll.* — c. 7 § 3 C. V, 70 *de curatore furiosi.*

(*d*) fr. 1 D. XXXVII, 3 *de bonor. poss. furios.*

(*e*) fr. 2 § 11 D. XXXVIII, 17 *Ad senatuscons. Tertyll.* — c. 7 § 8 C. V, 70 *de curat. furios.* La c. 7 § 8 C. cit. sembra essere limitata dalla c. 9 C. VI, 26 *de impub. et alior subst.* Conf. Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 3. p. 338 e X, 2, p. 225.

I frutti percetti nel frattempo vengono retrodati, in quanto apparisca essere per essi il demente diventato più ricco.

Ma se ne fu fatta per lui una spesa necessaria, questa non viene rimessa, tranne se egli aveva un'altra facoltà sufficiente al proprio sostentamento (*f*).

TITOLO VIII.

Della perdita dell'eredità.

§ 396.

Rinunzia volontaria della eredità devoluta, ma non peranco acquistata.

Si rinunzia spontaneamente alla eredità colla dichiarazione espressa o tacita dell'erede, ch'egli non vuole adire l'eredità a lui devoluta (*omissio* in senso lato). La rinunzia espressa chiamasi ripudio (*repudiatio*) (*a*), la tacita (*b*) *omissio* in senso stretto, alla quale, secondo il Diritto antico apparteneva specialmente anche il caso che l'erede lasciasse trascorrere il termine fissato per l'adizione dell'eredità (*c*) (§ 365).

Ogni rinunzia deve esser fatta fra la delazione (*d*) e l'adizione dell'eredità (*e*), e da chi ha il diritto di liberamente disporre della propria facoltà (*f*).

Se l'eredità si devolse ad un pupillo, la ripudia dee seguire con interposizione dell'autorità del tutore; ma il tutore solo non può ripudiarla (*g*).

Il curatore di un pazzo può bensì omettere di riconoscere il possesso dei beni, ma non può ripudiare la eredità (§ 395).

Riguardo all'eredità devoluta ad uno che sia ancora soggetto alla potestà del padre, è osservabile che, quantunque l'uno abbia ripudiata la eredità, può tuttavia venire sempre adita dall'altro (*h*).

Anche al possesso dei beni si può rinunziare espressamente o tacitamente: la rinunzia tacita ha luogo specialmente col tralasciare di riconoscere il possesso entro il termine legale (*i*).

Del resto l'erede che ripudiò il possesso dei beni può ancora adire l'eredità secondo il Diritto civile, e viceversa chi ripudiò la eredità può ancora talvolta chiedere il possesso dei beni (*k*).

Col ripudiare l'eredità si estingue l'obbligo di pagare i debiti dell'eredità ed i legati, ma all'incontro si perde poi anche ogni vantaggio dipendente dall'adizione della medesima. Soltanto i legati e fedecommessi lasciati allo stesso erede non vengono annullati col ripudiare la eredità, se non consta ad evidenza la contraria volontà del testatore (*l*).

Chi una volta ripudiò la eredità, non la può più adire altrimenti (*m*)

(*f*) fr. 51 pr. D. V, 2 *de hered. pet.*

(*a*) F. L. Gmelin (*praes. C. T. Gmelin*) *De repudiatione hereditatis*. Tub. 1804

(*b*) fr. 95 D. XXIX, *de adquir. vel. omitt. her.*

(*c*) fr. 1 § ult. D. XXXVI, 4 *Ut in poss. legat.*

(*d*) È invalida la rinunzia fatta prima della delazione dell'eredità, fr. 13 pr. § 1, 2, fram. 23 D. XXIX, *de adquir. vel omitt. hered.*

(*e*) Adita l'eredità non può più aver luogo ripudio, e gli effetti dell'adizione non si possono render nulli che mediante la restituzione in intiero, § 662.

(*f*) fr. 4, fr. 18 D. XXIX, 2.

(*g*) fr. 8 D. XXXVII, 1 *de bon. poss.* — fr. 1 § 4 D. XXXVIII, 9 *de success. edict.* — c. 5 C. VI, 31 *de repud. vel abst. hered.* V. anche il § 166,4.

(*h*) fr. 13 § 3 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* — c. 11 C. VI, 30 *de jure delib.* — c. 26 C. VI, 42 *de fideicomm.* — c. 8 pr. § 1, 2, 6 C. VI, 61, *de bonis quae lib.* Intorno al motivo di questa disposizione veggasi Löhr nell'*Arc. della Prat. civ.* II, 2, n. 8 p. 197.

(*i*) fr. 30 in fine D. IV. 4 *de minor.*

(*k*) fr. 2 § 21 D. XXXVIII, 17 *Ad senatuscons. Tertyll.*

(*l*) fr. 87 *de legat.* I. — c. 12 C. VI, 37 *de leg.*

(*m*) c. 4 C. VI, 31 *de repud. hered.*

che mediante la *restitutio in integrum*. Il ripudio operato mediante violenza o timore, benchè non sia nullo in sè stesso, può venir impugnato colla *restitutio in integrum*, o coll'azione *quod metus causa* (*n*); se la rinunzia seguì per inganno, ha luogo soltanto un'azione contro l'ingannatore (*o*); ad un errore finalmente non si ha alcun riguardo, tranne se l'erede non sapeva essere instituito, e ripudiò la eredità *ab intestato*, nel qual caso questa rinunzia non gli è di pregiudizio nè nella successione testamentaria nè in quella intestata (*p*) (confr. § 360).

Se poi l'erede istituito, che sia nello stesso tempo erede legittimo, ripudiò l'eredità *ab intestato*, mentre egli sapeva di essere stato istituito come erede, in tal caso vien ritenuto ch'egli abbia ripudiato l'eredità tanto testamentaria quanto intestata (*q*).

Del resto chi è erede testamentario e legittimo, s'egli ripudiò l'eredità devolutagli per testamento, può ancora sempre adirla *ab intestato* (*r*).

Chi poi ripudia fraudolentemente l'eredità testamentaria, e la adisce *ab intestato*, sia egli maggiorenne o minorenne (*s*), sia che possegga in tutto, o solo in parte la porzione ereditaria destinatagli nel testamento (*t*), può mediante l'*actio utilis ex testamento* venir obbligato alla prestazione dei legati ed altri pesi nel testamento ordinati, nello stesso modo come se avesse adita l'eredità in base al testamento (*u*), colla differenza soltanto ch'egli può diffalcare dai legati la quarta falcidia (*v*); questo obbligo fu esteso anche a quelli che cessarono dolosamente di possedere (*x*) o ripudiarono la eredità coll'intenzione e pel fine che passasse ad altri, p. e. ai sostituiti (*y*), e specialmente se lo fecero per danaro (*z*).

Ma chi ripudiò la eredità senza voler pregiudicare ai legatarii o fedecommessarii, o senza aver la intenzione di andare al possesso della eredità *ab intestato* o per qualche altro titolo (*aa*) non può esser obbligato al pagamento dei legati, come non lo può essere colui che coll'assenso del testatore ripudiò la eredità testamentaria, e la adì poi *ab intestato* (*bb*), o lo fece soltanto col fine di prevenire un'ingiustizia altrui (*cc*).

Se tutti gli èredi istituiti hanno ripudiata la eredità, l'atto di ultima volontà diventa allora un *testamentum destitutum*, e tutte le sue disposizioni restano senza effetto (*dd*).

§ 397.

***Rinunzia volontaria di un' eredità già acquistata mediante* il beneficium abstinendi *e la* restitutio in integrum.**

Un *suus* acquista *ipso jure* l'eredi-

(*n*) fr. 21 § 6 D. IV, 2 *Quod metus causa*.

(*o*) fr. 9 § 1 D. IV, 4 *de dolo malo*. — fr. 4 § 28 D. XLIV, 3 *de doli mali et metus except*. — c. 7 C. II, 21 *de dolo malo*.

(*p*) fr. 17 § 1 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered*.

(*q*) fr. 77 D. XXIX, 2 eod.

(*r*) Se non vi sono, s'intende, sostituti, fr. 17 § 1 fr. 70 pr. D. eod.

(*s*) fr. 24 D. XXIX, 4 *Si quis omissa causa test*.

(*t*) fr. 13, 30 D. XXIX, 4 eod.

(*u*) fr. 1 pr. e § ult, fr. 6 pr. D. eod.

(*v*) fr. 6 pr., fr. 18 § 1 D. eod.

(*x*) fr. 1 § 10-12 D. eod.

(*y*) fr. 1 § 13 fr. 25 26 pr. D. eod.

(*z*) fr. 2-4 pr. e § 1 fr. 10 pr. D. eod.

(*aa*) fr. 17 D. eod.

(*bb*) fr. 6 § 1 D. eod.

(*cc*) fr 77 § 31 D. *de legat*. II. Confr. fr. 5, fr. 6 §§ 3 e 8 D. XXIX, 4 *Si quis. omiss. caus*.

(*dd*) § 2 in fine *Inst*. II, 22 *de lege Falcid*. — fr. 181 D. L, 17 *de reg. jur*. Non si oppone la Nov. 1 cap. 2 *si vero expressim* ec. Confr. Muhlenbruch III, § 572, n. 2, Löhr nell'*Arch. della Prat. civ*. V, 3, p. 385 sostiene un'altra opinione nella sua Dissertaz. che porta per titolo: *Quale influsso abbia la rinunzia degli eredi diretti istituiti sul rimanente contenuto del testamento dopo la* Nov. 1 c. 2 § 2.

tà subito dopo la morte del testatore, ma la perde se fa uso del *beneficium abstinendi* (§ 362). Inoltre i minorenni possono domandare la restituzione in intiero contra l'adizione dell'eredità in ogni caso, e i maggiorenni soltanto allora che furono costretti ad adire la eredità per violenza o timore (*a*). Restano per altro in vigore le altre disposizioni testamentarie (*b*).

§ 398.

Rinunzia necessaria all'eredità per la natura della cosa, o per legge.

L'erede perde necessariamente la eredità

1. se dopo la delazione della stessa nasce un postumo (§ 334);
2. se l'erede dopo la delazione dell'eredità perde la capacità di succedere (§ 336), ovvero
3. muore prima dell'acquisto della eredità devoluta, tranne se egli avesse già trasmesso il diritto di adizione nei proprii eredi (§ 374);
4. se il testamento venne tagliato mediante la querela *inofficiosi*, o la *b. p. contra tab*;
5. Ma precipuamente spettano a questa categoria quei casi in cui l'erede istituito viene privato dell'eredità per essersene reso indegno e questa si devolve ordinariamente al fisco, e talvolta anche ad altri sotto la condizione di pagare i legati e fedecommessi ordinati (*a*).

In generale per questa perdita si richiedono le seguenti condizioni:

(*a*) § 5 *Inst.* II, 19 *de hered. qual.* — fr. 21 § 5 D. IV, 2 *Quod metus causa* fr. 7 § 5 D. IV, 4 *de minor. 25 annis.* — fr. 85 XXIX, 2 *de adquir. vel omitt. hered.* — c. 1 C. II, 39 *Si adversus dotem.*
(*b*) fr. 31 D. IV, 4 *de minor.* — fr. 30 § 11, D. XL, 5 *de fideicomm. libert.*
(*a*) fr. 5 § 4, fr. 12 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign. aufer.*

1. che l'eredità sia già devoluta (*b*) allo stesso erede che se n'è reso indegno (*c*), e
2. che il motivo per cui se n'è reso indegno sia fondato nella legge (*d*).

Quanto agli effetti di questa perdita, insieme coll'eredità devono venir restituiti secondo le regole generali (§ 380) anche i relativi frutti ed interessi, al qual proposito devesi inoltre osservare che il possessore di buona fede prima che venga inviato il processo non risponde dei medesimi (*e*).

Neppure le azioni estinte mediante confusione (§ 361) non vengono all'erede restituite, se egli non era in buona fede (*f*).

Del resto l'erede vien privato solamente, di quella parte dell'eredità, della quale si era egli reso indegno (*g*).

§ 399.

Perdita necessaria della eredità che si devolve al fisco.

L'eredità si devolve al fisco

1. se l'erede trucidò il defunto (*a*), o colla sua trascuratezza diede occasione alla morte del medesimo (*b*), o

(*b*) fr. 5 § 7 e 8, fr. 7 D. eod.
(*c*) fr. 25 § 1 D. eod.
(*d*) Se la causa consiste in un'azione colpevole, è necessario che l'erede sia già maggiore di età, fr. 5 § 9 D. eod. — c. 1 C. II, 11 *In quibus causis in integr. rest.* — c. 2, 6 C. VI, 35 *de his quibus ut indign.*
(*e*) fr. 17, 18 pr. D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.* — c. 1 C. VI, 35.
(*f*) fr. 17 D. XXXIV, 9 cit.
(*g*) fr. 43 § 3 D. XXVIII, 6 *de vulg. et pup. sub.* fr. 4, fr. 5 § 14 « *Qui principale testamentum arguit, et a secundis tabulis repellendus est.... non idem sequendum est, si secundas tabulas coarguit, quia non utrumque hoc casu improbasse videtur,* » fr. 11, fr. 12, fr. 15 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*
(*a*) fr. 7 § 4 D. LXVIII, 20 *de bon. damnat.*
(*b*) fr. 3 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*

tralasciò di vendicare il di lui assassinio (c);

2. se egli con astuzia o con violenza impedì il defunto nella erezione o nel cambiamento di un testamento, nel qual caso egli è inoltre responsabile per tutti i danni cagionati con ciò ad un terzo (§ 317) (d);

3. se il testatore cancellò il nome di un coerede (e) (confr. § 334), o

4. in un secondo testamento istituì degli eredi incapaci (f);

5. se egli dichiarò in un codicillo che l'erede non merita la eredità (§ 406) (g)

6. se l'erede trafugò qualche cosa dell'eredità, nel qual caso però gli vien tolto solamente ciò che ha trafugato (h);

7. se qualcheduno riconosce la sua istituzione di erede da un matrimonio proibito, da un adulterio, o da altro illecito carnale commercio (i);

8. se l'erede contrastò al defunto i diritti del suo stato (k);

9. se qualcheduno impugnò il testamento come falso od ingiusto, persistè nel processo fino al suo termine e ne restò soccombente (l), nel qual caso è da osservare che vengono privati dell'eredità come indegni anche quelli che procurarono di sostenere colla loro testimonianza il coerede attore, o prestarono per esso cauzione; anzi viene ritenuto indegno anche quel Preside il quale emanò la decisione che il testamento sia falso, e interposta l'appellazione, l'eredità viene aggiudicata all'erede istituito (m).

10. se il figlio emancipato ottenne il possesso de' beni contro il testamento, e poi adì l'eredità in virtù della sostituzione pupillare (n);

11. se taluno si fece complice del testatore nel deludere la legge, col promettere di consegnare l'eredità od una parte di essa ad un inabile (o);

12. se sopra la facoltà di una persona ancora vivente, senza sua consaputa, si fece un patto ereditario (p) (confr. § 346 in fine).

Nei casi qui riportati compete al fisco l'azione ereditaria contro qualunque possessore, e perciò anche contro lo stesso erede indegno (q).

§ 400.

Perdita necessaria della eredità che si devolve ad altre persone.

L'eredità perviene ad altri (a):

1. se l'erede, che fu nel testamento costituito come tutore, si dispensa dalla tutela, nel qual caso la parte a lui lasciata si devolve al pupillo (b);

2. se l'erede non domandò un tu-

(c) framm. 17 D. XXXIV, 9 eod. — fr. 5 § 2 D. XXIX, 5 *de senatuscons. Silan.*

(d) fr. 1, fr. 2 D. XXXIX, 6 *Si quis aliqu. test. proh.* — c. 1, 2 C. VI, 34 eod.

(e) fr. 12, 16 § 2 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*

(f) fr. 12 D. eod.

(g) c. 4 C. VI, 35 *de his, quibus ut indign. her. auf.*

(h) fr. 6 D. XXIV, 9 cit.

(i) fr. 13 D. XXXIV, 9 cit. — fr. 2 § 1 (*cf. quoque* § 2) D. eod. — c. 5 C. V, 5 *de incest. nupt.*

(k) fr. 9 § 2 D. XXXIV, 9 cit.

(l) fr. 8 § 14 D. V, 2 *de inoff. test.* — fr. 5 § 1, 5 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.* — fr. 13 § 9 fr. 29 § 1 D. XLIX, 14 *de jure fisci.*

(m) fr. 5 § 10-12 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*

(n) fr. 2 pr. D. eod.

(o) fr. 10 D. eod. - fr. 3 § 4 D. XLIX, 14 *de jure fisci.*

(p) fr. 2 in fine D. XXXIV, 9 cit.

(q) La maggior parte dei giureconsulti ritiene che non si aspetti al fisco che un'azione personale, ovvero una *condictio ex lege.* Marezoll però ha dimostrato ad evidenza nel *Giorn. di Diritto e Proc. civ.* I, 3, p. 380 la erroneità di quest'opinione. Confr. anche la Nov. 1, c. 1 § 4 — fram. 46 D. V, 3.

(a) c. un. § 12 C. VI, 51 *de caducis toll.*

(b) fr. 5 § 2 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut ind.* Non resta per altro escluso dalla sostituzione, fr. 36 pr. D. XXVII, 1 *de excus. tut.* Anche il figlio istituito dal padre a tutore e coerede di altro figlio impubere qualora si faccia dispensare dalla tutela, non perde la quota assegnatagli mentre fu istituito erede come figlio e non come tutore.

tore pel pupillo quando lo avrebbe dovuto domandare: l'eredità perviene in tal caso a quelli che l'avrebbero acquistata, se l'erede ora escluso non fosse esistito (*c*) (§ 161 in fine);

3. se qualcheduno cadde in servitù ed è morto cattivo, perchè i figli, od altri eredi estranei, se sanno di esser stati istituiti, non si sieno affrettati di liberarlo: in tal caso invece dei figli o degli eredi estranei succede la chiesa del luogo ove abitavano i genitori (*d*): lo stesso vale anche quando i figli furon dai loro genitori trascurati in modo che essi abbiano dovuto morire cattivi (*e*);

4. se qualcheduno lasciò qualche cosa pel riscatto di prigionieri o pel mantenimento de' poveri, e l'erede non solo tralasciò di pagare a tempo debito, ma se ne fece anche interpellare invano due volte dal Vescovo mediante persone pubbliche: in tal caso egli perde a favore del pio istituto tutto ciò che gli era destinato nel testamento (*f*) (confr. § 313, 326, *f* e § 346 *g*).

§ 401.

Dell'ordine con cui l'eredità se manca l'erede, perviene ad altri.

I. Se manca in qualunque modo esser si voglia l'erede testamentario (§ 396-400), l'eredità passa di regola, al sostituito (§ 338), poi ai coeredi in virtù del diritto di accrescimento (§ susseg.), e finalmente agli eredi legittimi secondo le classi sopra indicate (*a*) (§ 307-310).

II. Se manca un erede intestato, ha luogo prima di tutto il diritto di accrescimento; e soltanto allorchè non esiste alcun coerede che possa esercitar questo diritto (confr. § 403), viene ammesso il grado più lontano della stessa classe: e se manca anche questo la classe susseguente (*successio graduum et ordinum* § 306 II). Ma vi sono eccezioni, di cui alcune si riferiscono ad amendue le specie di successione, ed alcune soltanto alla testamentaria. Cioè se viene a mancare per essersi reso indegno l'erede testamentario o legittimo, il fisco, nei casi sopraesposti (§ 399), subentra immediatamente in luogo dell'erede indegno.

Inoltre in virtù del diritto di trasmissione in luogo dell'erede che va a mancare subentra sempre il suo erede, purchè abbia luogo in generale il diritto di trasmissione (§ 374).

Riguardo alla successione solo testamentaria sono da osservarsi le seguenti eccezioni della sopra spiegata regola:

1. se l'erede istituito non adempie la volontà del testatore, i fedecommessarii, i legatarii, ed altre persone ancora vengono preferiti agli eredi legittimi (§ 346 verso il fine);

2. se nasce un postumo dopochè ebbe già luogo la delazione dell'eredità all'erede istituito (§ 398, n. 1);

3. se il testamento viene annullato per querele d'inofficiosità (§ 384), o mediante la *bonorum poss. contra tabulas* (§ 303).

Siccome poi mancando un erede testamentario o legittimo ha luogo non di rado il diritto di accrescimento, così ci si offre qui un'opportuna occasione di trattare di questo.

(*c*) c. 10 C. VI, 58 *de leg. her.*
(*d*) Nov. 115, c. 3 § 13 Buchholtz nelle sue *Diss. giur.* n. 6, p 138.
(*e*) Nov. 115, c. 4 § 7.
(*f*) Nov. 131, c. 11.
(*a*) c. un. § 12 C. VI, 51 *de cad. toll.*

§ 402.

Del diritto di accrescimento in generale. (*a*).

Il diritto di accrescimento (*jus accrescendi*) in generale è il diritto a quella porzione ch'era destinata ad un coerede o collegatario che non possa o non voglia far uso del suo diritto.

Il diritto di accrescimento fra' coeredi, dei quali soli noi qui trattiamo, è fondato sui seguenti principii:

I. Esso ha luogo fra eredi tanto legittimi quanto testamentarii, e tanto se sono chiamati in forza del Diritto civile, quanto del Diritto pretorio (*b*).

II. Il suo fondamento principale consiste in ciò che l'erede rappresenta la persona del defunto per intiero e non solamente in parte, al che si aggiunge nella sucessione testamentaria anche la massima *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest* (§ 301 II) (*c*).

Perciò il diritto di accrescimento ha luogo fra i coeredi necessariamente, cosicchè non può essere nè vietato direttamente dal testatore (§ 338) (*d*); nè ricusato dal coerede (*e*), e appunto per questa ragione l'accrescimento si verifica *ipso jure* anche senza consaputa del coerede (*f*), e con tutti i pesi addossati all'erede che viene a mancare (*g*).

Una rinunzia a questo diritto ha luogo solamente allorchè resta vacante una porzione ereditaria, perchè uno dei coeredi ottenne la *restitutio in integrum* contro la eredità già adita (*h*) o se un *suus* si astiene dall'eredità paterna, dopochè il coerede ne avea fatta l'adizione per la propria parte, nei quali casi resta libero a questo di assumere o di ripudiare la intiera eredità (*i*).

III. I requisiti necessarii affinchè il diritto di accrescimento possa venir esercitato sono i seguenti:

1. che uno dei coeredi i quali erano chiamati alla stessa eredità, e nello stesso modo di successione, venga a mancare prima di conseguire la sua porzione ereditaria;

2. che l'erede che manca non abbia nè un sostituto nè un erede, al quale competa la di lui porzione ereditaria in virtù del diritto di trasmissione (§ 374, e che questa porzione non sia neppure per castigo devoluta al fisco, o ad altri (§ 399 e 400).

(*a*) J. A. Bach *de jure accrescendi*, Lips. 1751 (in opusc. n. 8).— Schöman *Manuale del Diritto civ.* II, n. 1. — M. G. Van Alphen *Diss. de origine natura et effectu jur. accresc.*, Lugd. Batav. 1807. — V. G. A. Ludwig *Diss. de jure accrescendi*, Lipsiae 1817. — W. M. Rossberger *Jus accrescendi disquis. jur. civ.*, Lips. 1827.

(*b*) § 5 *Inst.* III, 9 (10) *De bon. poss.* — c. un. C. VI, 10 *Quando non pet. part. petent. accresc.* Confr. Rossberger p. 40 e 41.

(*c*) Ma siccome l'esercizio del diritto di accrescere dei coeredi dipende dalla congiunzion fatta di essi dal testatore, così è chiaro che si deve in ciò aver riguardo alla tacita volontà di quest'ultimo, c. un. § 10 C. VI, 51 *de caduc. toll.* Wening III, 5 § 186.

(*d*) arg. fr. 55 D. *de legat.* I. Nei testamenti dei militari ha luogo il *Gius accrescendi* solamente qualora esso sia conforme alla volontà del testatore. Confr. il § 332 nota *t*.

(*e*) fr. 53 § 1 D. XXIX, 2 *de adquir. vel omitt hered.*

(*f*) fr. 31 D. XXIX, 2 eod.

(*g*) fr. 38 D. XXIX, 2 eod. — c. un. § 10 C. VI, 51 *de caduc. toll.*

(*h*) fr. 61 D. XXIX, 2 cit.

(*i*) fr. 55 D. eod.

§ 403.

Del diritto di accrescimento nella successione intestata.

Nella successione intestata compete il diritto di accrescimento a quelli che avrebbero acquistato la porzione ereditaria del coerede che viene a mancare se questi non vi fosse stato fin da principio (*a*).

Così per esempio la porzione di

(*a*) fram. 1 § 10 D. XXXVIII, 9 *de successorio edicto.*

uno fra molti nipoti del defunto si accresce prima di ogni altro a quelli che discendono dallo stesso figlio (*b*), ed agli altri soltanto quando non esista alcuno di questi; o se alla morte del defunto esistono come più prossimi parenti l'avo l'ava di lato paterno, e l'avo di lato materno, e viene a mancare l'ava, in tal caso la di lei porzione si accresce eslusivamente all'avo paterno.

Ma quelle persone a cui compete per legge soltanto una parte determinata, come p. e. la vedova povera, possono esercitare il diritto di accrescimento solamente fino al compimento della porzione loro spettante (*c*).

§ 404.

Del diritto di accrescimento nella successione testamentaria (*a*).

Nella successione testamentaria, riguardo al diritto di accrescimento, si deve ammettere per massima principale, che le porzioni dei coeredi mancanti accrescono per le porzioni di quelli che adirono effettivamente la eredità (*portio accrescit portioni*) (*b*).

Inoltre si deve anche aver riflesso al modo con cui sono i coeredi congiunti, i quali lo possono essere in tre maniere: o essi sono chiamati in diverse proposizioni all'intiera eredità o almeno alla medesima cosa (*c*), e questi vengono chiamati *disjuncti* per la diversità delle proposizioni, ovvero *re conjuncti* per la identità della cosa; oppure essi sono istituiti più di uno nella stessa proposizione in tutta l'eredità, o nella stessa cosa senza determinazione di parti, e questi vengono chiamati *conjuncti*, o *re et verbi* ovvero *mixtim conjuncti* (*d*); oppure finalmente sono gli eredi istituiti nella medesima proposizione, ma in porzioni ideali (*e*), e questi vengono chiamati *verbis conjuncti*, ovvero *re disjuntic*. Ora, se tutti i coeredi sono congiunti *re*, ovvero tutti *re et verbis*, la porzione vacante si accresce a tutti i coeredi in parti eguali. Ma se sono soltanto *verbis conjuncti*, la porzione vacante passa ai coeredi in ragione delle loro quote ereditarie (*f*).

Se gli eredi sono chiamati insieme in diversi modi di congiunzione, di regola, esercitano essi bensì tutti il diritto di accrescimento in ragione delle loro porzioni (*g*), ma è soltanto da osservare che nel caso in cui manchi uno dei *mixtim conjuncti*, la sua porzione ereditaria non tocca a tutti

(*b*) fr. 12 pr. D. XXXVII, 4 *de bon. poss. c. t.*

(*c*) fr. 6 pr. D. XXXVII, 1 *de bon. poss.* Vale però questo principio anche nella successione testamentaria, e può aver luogo nei tre seguenti casi:

1. se venne istituito erede il secondo conjuge e a questo compete (§ 137 un *maximum* relativo;
2. se sia stata nominata erede una concubina (§ 323), ovvero i di lei figli;
3. se la moglie rimaritandosi avesse violato (§ 137), l'anno di lutto: in questi due ultimi casi compete il *maximum* assoluto, Buchholtz nelle sue *Diss. giur.* n. 7.

(*a*) Confr. oltre alle opere citate al § 402 Zimmern *Sul jus accrescendi privilegiato degli eredi testamentarii nelle Disquisizioni di Dir. rom.* di Neustetel e Zimmern, Heidelberga 1821. Contro esso insorse Thibauth nell'*Arch. della Prat. civ.* VII, 3, p. 406.

(*b*) Rossberg § 5, p. 62.

(*c*) p. e. Tizio sia mio erede, medesimamente sia mio erede Cajo, finalmente dovrà essere mio erede anche Sempronio.

(*d*) p. e. Tizio, Cajo e Sempronio saranno miei eredi, ovvero Tizio, Cajo e Sempronio sono istituiti miei eredi per una terza parte, ovvero della mia casa.

(*e*) p. e. Tizio, Cajo e Sempronio saranno miei eredi per eguali porzioni: ovvero Tizio sia mio erede per una metà, Cajo per un quarto, Sempronio per un quarto. Confr. § 8 *Inst.* II, 20 *de legat.* — fr. 63, fr. 66 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — fr. 89 D. *de legat.* III. — fr. 142 D. L, 16 *de verb. signif.*

(*f*) Se quindi, ritenuto il caso espresso nella nota antecedente, venga a mancare Sempronio, toccheranno a Tizio due terzi della porzione rimasta vacante, ed un terzo a Cajo. Confr. Rossberger § 6 e 7 p. 65-69.

(*g*) fr. 59 § 3, fr. 66 D. XXVIII, 5 *de hered. inst*

ma soltanto a quelli che sono congiunti con lui (*h*). Ma se alcuni sono istituiti eredi in parti determinate, ed altri indeterminatamente, questi non si ritengono congiunti nè fra di sè, nè con quelli i quali sono istituiti in parti determinate (*i*).

SEZIONE II.

Dei Fedecommessi universali.

§ 405.
Introduzione.

Siccome un fedecommesso universale può venire lasciato non solo in un testamento, ma ben anche in un codicillo come un legato, o un fedecommesso singolare, così è necessario che noi trattiamo prima di tutto della natura dei codicilli.

§ 406.
Idea di un codicillo, e sue diverse specie (*a*).

Per codicillo (*codicilli*) s'intende quella specie di atto di ultima volontà, in cui il testatore, tranne una istituzion di erede o una diseredazione fa a suo talento qualunque altra disposizione in causa di morte. In un codicillo dunque non si può nè dare nè togliere un'eredità; anzi il testatore non può nello stesso neppure addossare all'erede una condizione, o sostituirgli direttamente (*b*); soltanto gli è permesso di dichiarare indegno l'erede istituito, nel qual caso l'eredità si devolve al fisco (§ 399, n. 5).

I codicilli o sussistono senza testamento, o vengono fatti in aggiunta ad un testamento (*codicilli ab intestato, testamentarii*) (*c*). Gli ultimi o sono confermati nel testamento, o non lo sono (*confirmati, non confirmati*), e la conferma risguarda il passato o l'avvenire, secondochè il testatore parla di codicilli già fatti, o di quelli ch'egli medita di fare (*d*).

Soltanto una persona abile a testare può far codicilli (§ 317) (*e*). Quanto alla forma esterna bisogna, distinguere fra codicilli privati e pubblici, e quanto ai privati, fra codicilli scritti e nuncupativi.

I pubblici non abbisognano d'alcuna formalità, come non ne abbisognano i pubblici testamenti (§ 319); nei codicilli privati è necessaria la presenza di cinque testimonii (*f*) e l'unità dell'atto (*g*), i testimonii devono essere abili e a ciò richiesti (§ 320) (*h*),

(*h*) fr. 63, fr. 20 § 2, fr. 59 § 2, 3 D. XXVIII, 5 eod. Sostengono alcuni che neppure gli eredi *mixtim conjuncti* non abbiano alcuna preferenza in confronto di quelli *re conjunctis*. Così Zimmern. Veggasi in contrario Thibaut nell'*Archiv. della Prat. civ.*

(*i*) fr. 17 § 1 e 2 D. XXVIII, 5 eod. « *Si duos ex 11, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiavit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat; sed Servius omnibus accrescere ait, nam quantum ad jus accrescendi non sunt conjuncti, qui, sine parte instituuntur.... § 2.... et si expleto asse duos sine parte scripserit, neque hos, neque illos conjunctos* ».

(*a*) *Inst.* II, 25 *de codicillis.* — D. XXIX, 7 *de jure codicill.* — C. VI, 36 *de codicillis.*

(*b*) § 2 *Inst.* II, 25 fr. 6 pr., fr. 10 D. XXIX, 7. Veggasi un caso di eccezione riguardo ai soldati nel § 352 in principio.

(*c*) fr. 8 pr. D. cit.

(*d*) § 1 *Inst.* cit. Si considerano come parte del testamento i codicilli nello stesso confermati, e perciò essi sussistono o cadono col testamento medesimo, fr. 2 § 2, fr. 14 D. cit.

(*e*) fr. 6 § 3, fr. 8 § 2 D. hujus tit.

(*f*) In origine non era pei codicilli prescritta alcuna forma esterna, § 3 *Inst.* II, 25; in appresso però venne disposto che nei codicilli ab intestato vi dovessero intervenire 5 testimoni, c. 1 Theodos. Cod. IV, 4, finchè una Costituzione generale di Teodosio il giovane ordinò, che intervenissero 5 testimonii in qualsiasi codicillo, c. 8 § 3 C. VI 36. Alcuni son di parer diverso riguardo ai codicilli confermati nei testamenti, e fra questi p. e. Günther § 725 e 726, e ciò specialmente in vista del fr. 2 D. hujus tit. Ma la Costituzione del Codice merita la preferenza, e quindi si deve ritener che anche il § 3 *Inst.* II, 25 non si riferisca che al Diritto antico.

(*g*) c. 8 § 3 C. hujus tit.

(*h*) Spangenberg *Comm. de muliere ob testium solennitatem testimonii ferandi in codicill. experte.* Gottinga 1770.

e i legatarii e fedecommessarii non si possono annoverare fra gl'inabili (*i*). Nei codicilli scritti si richiede soltanto la sottoscrizione dei testimonii, ma non già la loro suggellazione (*k*). Quanto alla sottoscrizione di chi fa un codicillo, valgono le stesse regole che nei testamenti scritti (*l*) (§ 321).

Se un cieco vuol fare un codicillo, deve osservare tutto ciò che è prescritto per la erezione di un testamento (§ 351) (*m*).

Del resto può succedere che taluno lasci diversi codicilli, i quali se non si contraddicono sono tutti validi; se poi si contraddicono, il posteriore vien preferito all'anteriore (*n*).

Finalmente è ancora da osservarsi questo di particolare, che un codicillo ha vigore senza testimonii ed altre solennità se il testatore ordinò all'erede, al fedecommessario o legatario di prestar qualche cosa, e quegli in cui favore questo peso fu addossato, vuol provarlo mediante giuramento deferito a chi deve soddisfarlo (*o*).

Questa prova ha luogo non solo allorchè venne ingiunto vocalmente qualche cosa all'erede, fedecommissario o legatario in loro presenza, ma eziandio allorchè il testatore diede a conoscere la sua volontà in iscritto, come p. e. mediante una lettera. Ma se l'onerato vuol istituire la prova in un'altra maniera, allora non può egli acquistare il legato o il fedecommesso, se non nel caso che sia stato lasciato in un testamento o codicillo eretto con tutte le relative legali solennità (*p*).

(*i*) § 11 *Inst.* II, 10 *de test. ord.* — c. 22 C. VI, 23 Confr. § 320 nota *o*.

(*k*) c. 8 § 3 C. VI, 36.

(*l*) c. 28 § 1 C. VI, 23. Il fr. 6 § 1, 2 D. XXIX, 7 si riferisce al Diritto antico. Confr. Marezoll. nel *Magazz.* di Grolman e Löhr IV, 2, p. 162.

(*m*) c. 8 C. VI, 22 *Qui testam. facere poss.* — Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 2 p. 187.

(*n*) § 3 *Inst.* hujus. tit. — fr. 6 § 1 D. hujus tit. — c 3 C. hujus tit.

(*o*) « Si » *oneratus* « *recusandum existimaverit sacramentum, ad satisfactionem compellitur, cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est.* » c. 32 C. VI, 42 *de fideicomm.*

(*p*) § 12 *Inst.* II, 23 *de fideicomm. hered.* — c. 22 C. VI, 42 *de fideicommiss.* — c. 13 C. VI, 1 *de reb. cred.* Noi ci atteniamo a Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* II, p. 188 Confr. anche L. C. Süplitz *Intorno alla prova del fedecommesso imposto a voce dal testatore all'erede fiduciario.* Brunsvich e Helmstadt 1804.

§ 407.

Della Clausola codicillare (*a*).

La dichiarazione del testatore aggiunta all'atto di ultima volontà, che questo debba aver vigore in qualsiasi possibile maniera, si chiama *clausola codicillare* (*b*). Essa vi deve essere aggiunta espressamente, mentre tacitamente non viene ammessa (*c*). Anzi, benchè aggiunta, è inutile se vi sono già tutti i requisiti di un testamento; e non ha poi all'incontro alcun vigore, se non furono osservate neppure le solennità di un codicillo, o se il testamento è nullo, o può venir impugnato per difetto della capacità di testare (§ 317, 325, 335), o della dichiarazione della volontà (§ 333 III.), o per motivo della preterizione dei successori necessarii (§ 333 IV, § 334, n. 1) (*d*).

La clausola dunque giova:

1. in un testamento il quale sia invalido perchè non contiene nessuna istituzione di erede, o perchè l'istitu-

(*a*) C. F. Tauchert *de claus. codic.*, Hal. 1822.

(*b*) fr. 29 § 1 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.*, fr. 88 § 17 D. *de legat.* II.

(*c*) fr. 41 § 3 D. XXVIII, 6 *de vulg. et pub. sub.* — fr. 1 D. XXIX, 7 *de jure codicill.* — c. 8 pr. § 1, 2 C. VI, 36 *de codicill.* Non è necessaria però la clausola nè pel testamento militare (§ 352 n. *l*), nè pel testamento non perfezionato (§ 357).

(*d*) Riguardo alla pretensione degli eredi necessarii alcuni scrittori sono di altro avviso, ma si confronti il fr. 13 D. V. 2 *de inoff. test.* fr. 2 e 36 D. *de legat.* III. Nel fr. 2 si legge: *Ex filio praeterito, licet suus heres sit, fideicommissum relinqui non potest.* » Confr. Muhlenbruch III, § 501, nota 3, e Gluck *Comm.* XXXV, p. 351-374.

zione al tempo della erezione del testamento non era più in vita (§ 333, II.);

2. in un testamento destituito;

3. in un testamento invalido riguardo alla forma esterna, in cui sieno intervenuti sei o cinque testimoni, o questi non abbiano apposto il loro suggello. L'effetto della clausola codicillare consiste in ciò, che l'erede istituito in un testamento anteriore non rotto, o in mancanza di un tal erede, gli eredi legittimi dopo di aversi trattenuto la quarta trebelliana (§ 411), devono eseguire la volontà del testatore come fedecommesso (*e*).

Se poi qualcheduno accampò un'azione dipendente dal testamento, e restò soccombente nel processo, in tal caso non si può egli più riportare alla clausola codicillare, tranne se egli fosse nel numero degli ascendenti o discendenti nel rapporto di agnazione fino al quarto grado, e fino al terzo nel rapporto di cognizione (*f*).

§ 408.

Del fedecommesso universale (*a*).

Secondo la legge delle XII Tavole, era valida soltanto quella dichiarazione di ultima volontà la quale trasferiva l'eredità direttamente, cioè immediatamente. I fedecommessi dunque non aveano nei primi tempi alcun vigore legale, perchè nessuno potea venir costretto a prestare contro sua voglia ciò di cui era pregato. Chi infatti ordinava qualche cosa per quelli ai quali non potea lasciare un'eredità od un legato si affidava (***committebat***) alla lealtà (*fidei*) di quelli che poteano acquistare pel testamento. Da ciò deriva la denominazione di fedecommessi, perchè questi non si fondavano in un'obbligazione legale, ma soltanto nella onoratezza di quelli che ne venivano privati (*b*).

In seguito poi vennero istituiti dei Pretori appositi, i quali obbligavano l'erede istituito alla consegna della eredità, e così avvenne che i fedecommessi, ad onta che fossero introdotti a benefizio di persone incapaci di succedere, in seguito poterono venir lasciati soltanto a persone capaci di succedere, mentre in caso diverso cedevano al fisco (*c*).

Il fedecommesso universale (§ 299) comprende in sè una specie di sostituzione, mentre una persona, che è quasi-erede, subentra in luogo dell'erede diretto, e perciò nei nostri fonti essa viene chiamata anche ***substitutio fideicommissaria*** (*d*).

Ma egli è già chiaro per sè come la sostituzione volgare si distingua dalla fedecommessaria: la sostituzione volgare ha effetto solamente quando manca l'erede istituito, laddove la sostituzione fedecommessaria non può altrimenti aver effetto che mediante l'adizione dell'eredità.

Vi è qualche analogia col fedecommesso universale anche nel caso che il testatore lasci ad uno l'usufrutto di tutta la sua facoltà, e ad un altro la proprietà (*e*); poichè questi non deriva il suo diritto d'usufrutto immediatamente dal testatore, ma dall'usufruttuario.

(*e*) framm. 2 § 4 D. XXIX, 7. — c. 8 § 1 e 2 C. VI, 36.

(*f*) c. 8 § 2 C. cod.

(*a*) *Inst.* II, 23 *de fideicom. hered.* - D. XXXVI 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — Westphal *Esposizione dei diritti dei legati e fedecommissi*, P. 2, Lipsia 1791. — Confr. anche il nostro scrittore patrio G. Voglhueber § 167-178 *Guida pratica sul modo in cui deve aver luogo secondo i principii di diritto la ventilazione ereditaria della sostanza disponibile nelle imp. reg. prov. ereditar. tedesche*, Vienna 1789.

(*b*) § 1 *Inst.* cit.

(*c*) fr. 1 § 1 e 2 D. cit. — fr. 10 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*

(*d*) fr. 57 § 2 D. XXXVI, 1. — c. 16 C. II, 3 *de pact.*

(*e*) fr. 32 § 1 D. XXXIII, 2 *de usufr. legat.* — c. 1 III, 33 *de usufr.*

Ma siccome quest' ultimo ha l' usufrutto della intiera facoltà soltanto come legatario, ed il primo all' incontro è vero erede, colla sola restrizione d'esser privo per qualche tempo dell' usufrutto dell'eredità; così la differenza è chiara per sè (*f*).

Se finalmente l'erede deve consegnare ad un terzo l'eredità di un estraneo a lui devoluta, questo non è un fedecommesso universale, ma un legato della cosa propria dell'erede (*g*).

Un fedecommesso universale può venir lasciato soltanto da colui il quale in genere è capace di erigere un atto di ultima volontà (*h*), e soltanto in favore di quelli i quali sono abili a succedere nei momenti indicati al § 301 in fine (*i*).

Circa la forma esterna, è da osservare che il fedecommesso universale può venir ordinato non solo in un testamento, ma eziandio in un codicillo (§ 406 in principio ed in fine), ed in vero assolutamente ovvero sotto una condizione e determinazione di tempo (*k*), e non solo espressamente ma benanche tacitamente. Un fedecommesso tacito (*l*) (*fideicommissum tacitum, utile*) ha luogo nei seguenti casi:

1. se il testatore proibisce all'erede di testare sopra la eredità (*m*);

2. se all'erede viene ordinato d'istituire una certa persona (*n*);

3. se l'erede non può alienare gli enti ereditarii in favore di una determinata persona (*o*);

4. se egli vien ricercato di dividere l'eredità con un altro (*p*) (confr. anche § 334).

Fra le condizioni che si appongono ad un fedecommesso la più usitata è questa « *se l'erede muore senza figli* » la quale vien intesa anche tacitamente per legge, se quelli che furono aggravati di un fedecommesso sono discendenti (*q*).

§ 409.

Obbligo dell'erede di adire e di restituire l'eredità.

Il fedecommessario universale può costringere l'erede immediato all'adizione e restituzione dell'eredità (§ 411), ad eccezione di quello il quale sia istituito soltanto in una parte ed in modo assoluto, e questa parte venir debba da lui restituita sotto una condizione (*a*).

Se l'erede pregato di restituire l'eredità fu istituito sotto una condizione ed egli non vuol adempierla, in tal caso, se la condizione è potestativa, e non sia nè turpe nè difficile ad eseguirsi, può egli venir costretto ad adempier la condizione, ad adire e restituire la eredità; o se fu ingiunto all'erede di pagare una somma di danaro, il fedecommissario gli può offrire il danaro affinchè egli eseguisca la condizione, e restituisca l'adita eredità (*b*),

(*f*) Thibaut II, § 805.
(*g*) fr. 17 § 1, fr. 27 § 9, 10 D. XXXVI, 1 *Ad senatusc. Trebell.* Confr. col fr. 114 § 7 D. *de legat.* I.
(*h*) fr. 2 D. *de legat.* I.
(*i*) Confr. fr. 32 § 1 D. XXXIII, 2 *de usufr. legat.* — c. 1, c. III, 33 *de usufr.*, e il fr. 67 § 3 D XXXVI, 1.
(*k*) § 2 *Inst.* II, 23.
(*l*) Così chiamato dai moderni: presso i Romani fedecommesso tacito si appellava quello in cui l'erede veniva pregato di restituir la eredità ad uno incapace di succedere, fr. 103 D. *de legat.* I.
(*m*) fr. 74 pr. D. XXXVI, 1.
(*n*) fr. 17 pr. D. eod. — fr. 114 § 6 De *de legat* I.
(*o*) fr. 114 § 14 D. *de legat.* I.
(*p*) fr. 19 § 1, fr. 78 pr. D. XXXVI, 1.
(*q*) fr. 102 D. XXXV, 1 *de condict. et demonstr.* — c. 30 C. VI, 42 *de fideicommiss.*
(*a*) Se però l'erede sia stato istituito in tutto l'asse, esso potrà essere costretto all'adizione, fr. 11 § ult., fr. 13, fr. 31 pr. D. XXXVI, 1 — Faber *Conject. jur. civ.* lib. 18, cap. 7-9.
(*b*) fr. 31 § 2, fr. 63 § 7 e 8 D. eod.

Ma se la condizione apposta è una casuale o mista, prima ch'ella si verifichi non può esso venir obbligato all'adizione e restituzione dell'eredità (*c*).

L'eredità si deve restituire a quelli che ne sono dal testatore chiamati. Se il testatore ordinò la restituzione nella stessa famiglia finchè esiste qualcheduno della medesima, se il terzo erede è un impubere, estinguesi ciò non ostante il fedecommesso subito dopo la restituzione da esso fatta (*d*).

§ 410.

Modo e tempo della restituzione.

La restituzione si fa mediante la dichiarazione dell'erede diretto, ch'egli vuol riconsegnare la eredità (*a*); ed il fedecommessario entra in tutti i diritti dello erede senza che sia necessaria la tradizione degli effetti ereditarii (*b*). La restituzione può farsi anche mediante un procuratore (*c*), ed un minorene può eseguire quest'atto anche senza consenso del curatore (*d*).

Se l'erede ricusa di riconsegnare l'eredità, o se egli fu colto repentinamente dalla morte senza lasciar un successore, o se finalmente il primo fedecommessario deve nuovamente riconsegnare la eredità ad un secondo, in questi casi non è necessaria veruna restituzione, ma essa viene ritenuta fatta *ipso jure* (*e*).

(*c*) fr. 31 § 2 in fine D. eod,

(*d*) Nov. 159 *et Epit.* Nov. *Const.* 117, n. 499 La maggior parte dei giuristi vorrebbe dimostrare all'appoggio di questa novella, che un fedecommesso di famiglia non valga che fino al quarto grado. Confr. Kaufmann § 205. Ma si vegga Marezoll nel *Magaz.* di Löhr IV, 2 e 3, p. 203.

(*a*) fr. 37 pr., fr. 65 § 4 D. XXXVI, 1.

(*b*) § 4 *Inst.* II, 23 *de fideicomm.* — fr. 1 § 2 D. XXXVI, 1. — fr. 63 pr. D eod. « *Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem* »

(*c*) fr. 11 § 2, fr. 37, pr., fr. 66 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 1 § 14 D. eod.

(*e*) c. 7 § 1 C, VI, 49.

Si deve poi restituire o tutta l'eredità, o soltanto una parte di essa, secondochè ha il testatore ordinato.

Va esente dalla restituzione

1. ciò che ottenne il fiduciario dal coerede, fedecommessario o legatario per lo adempimento di una condizione (*f*);
2. le cose proprie, che vi sono trovate nella eredità (*g*);
3. ciò, di che il defunto va debitore al fiduciario (*h*);
4. i monumenti sepolcrali di famiglia (*i*);
5. le azioni popolari (*k*);
6. i prelegati (§ 418) relativamente a quella parte, che acquistò il fiduciario dal coerede (*l*).
7. i frutti percetti dopo l'adizione della eredità (*m*) tranne se il fiduciario fosse stato in mora relativamente alla restituzione o fosse stato particolarmente pregato di restituire anche i frutti (*n*), o finalmente se l'eredità fosse da restituirsi dopo un tempo determinato, il quale sia stato apposto in favore del fedecommessario medesimo (*o*). Non è neppure da restituire ciò che l'erede acquista in virtù del diritto di accrescimento (*p*), quando egli

(*f*) fr. 44 § 4, 5, 7 D. XXXV, 1 *de cond. et demonstr.*

(*g*) fr. 77 § 12 D. *de legat.* II.

(*h*) fr 51 D. XXXVI, 1.

(*i*) fr. 42 § 1 D. eod.

(*k*) fr. 7 pr. D. XLVII, 23 *de popul. act.*

(*l*) fr. 18 § 3 D. XXXVI, 2. Non s'imputan neppure quei legati che l'erede fiduciario ottenne da un legatario o fedecommessario, fr. 96 D. *de legat.* III. Confr. però il § 411. Devesi peraltro restituire l'intiero prelegato, qualora tale fosse la volontà del testatore, fr. 3 § 4 D. eod.

(*m*) fr. 28 § 2 D. XXXVI. 1.

(*n*) fr. 18 pr. D. eod.

(*o*) fr. 43 § 3 D. *de legat.* II.

(*p*) fram. 43 D. XXXVI, 1. È di altra opinione Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* VI, 3 p. 335. Ma contro gli argomenti del resto molto ingegnosi di Marezoll sembra decisiva la circostanza che anche i fedecommessi universali rispetto al loro acquisto vengono parificati ai legati (§ 299). Quindi siccome se sono eredi A. e

non sia stato sforzato all'adizione, poichè in questo caso la parte vacante non si devolve per suo gastigo già a lui; ma bensì al fedecommessario.

Finalmente la restituzione dee farsi in quel tempo che fu ordinata dal testatore; e se egli non precisò alcun tempo, dee farsi subito; se poi ha lasciato in arbitrio del fiduciario il tempo della restituzione, allora il fedecommesso puossi ripetere soltanto dai di lui eredi (*q*).

§ 411.
Della deduzione della Quarta Trebelliana.

Siccome nei primitivi tempi l'erede restava obbligato verso i creditori ad onta che egli restituisse l'eredità, e perciò egli di rado ripudiava l'eredità, ed in tal modo restava inefficace il testamento, così mediante il senatoconsulto Trebelliano si fece sotto Nerone per la prima volta il provedimento, che se venir debba restituita un'eredità in dipendenza di un fedecommesso, tutte le azioni che, secondo il diritto civile, valgono in favore dell'erede o contro di lui, debbano venir date a quello e contro quello a cui in virtù del fedecommesso fu riconsegnata la eredità (*a*).

Siccome poi gli eredi istituiti, se erano pregati di restituire l'eredità in tutto od in parte, per lo più ricusavano di adire un'eredità che loro non apportava nessun vantaggio, o almeno un vantaggio assai tenue, e i fedecommessi per ciò si estinguevano; così al tempo dell'imperator Vespasiano il Senato sotto i consoli Pegaso e Pusione ordinò che chi era stato pregato di restituire l'eredità potesse ritenere la quarta parte, come viene accordato dalla legge Falcidia di ritenere la quarta parte dei legati (*b*), e che se qualcheduno sdegnasse questo vantaggio, e ricusasse di adire l'eredità, potesse venir astretto alla adizione e restituzione della medesima (*c*).

Da quest'epoca in poi quegli che ne avea libera almeno la quarta parte, restituiva la eredità secondo il senatoconsulto Trebelliano, e per ciò restavano anche *ipso jure* divise in ragione della quota ereditaria di ognuno le azioni attive e passive; ma chi non aveva la quarta parte libera, in virtù del senatoconsulto Pegasiano ne detraeva la quarta parte, restituiva il resto, e faceva col ricevente la stipulazione di voler assumere in comunione proporzionatamente ogni guadagno o perdita dell'eredità (*d*).

Finalmente Giustiniano trasportò il contenuto del senatoconsulto Pegasiano al Trebelliano, e stabilì i seguenti assiomi:

1. un erede che deve restituire più di tre quarti dell'eredità, ne può trattenere per sè la quarta parte (*e*);

B. e se da A. venne a Cajo legata la metà della casa del testatore, Cajo non può nel caso che non succeda B. e che si devolva ad A. anche l'altra metà della casa, non può; si dice, pretendere che gli venga consegnata l'intera casa; così sembra che nemmeno il fedecommessario universale, a cui A. debba restituire la metà della sua porzione, non potrebbe pretendere la metà della intiera massa ereditaria, nel caso che avesse a mancare B

(*q*) fr. 11 § 6, fr. 41 § 13, 14 D. *de legat.* II.
(*a*) § 2 *Inst.* II, 23.

(*b*) § 5 *Inst.* eod.
(*c*) § 7 *Inst.* eod.
(*d*) § 5 *Inst.* eod. Se quindi avea luogo la restituzione secondo il senatoconsulto Trebelliano in tal caso veniva il fedecommessario risguardato come erede; che se anche la medesima seguiva secondo il senatoconsulto Pegasiano, lo si considerava come legatario (*legatarius partiarius* § 422). Dietro di che è facile di intendere quel passo di Gajo II, 251: *Is, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.*
(*e*) Suolsi chiamare questa quarta parte *quarta Trebellianica:* ma nei fonti essa è detta *quarta*, ovvero *Falcidia*, o *Commodum legis Falcidiae*, fr. 16 § 9, fr. 22 § 2, fr. 27 § 10, fram. 30 pr. D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

2. tanto i crediti quanto i debiti sono sempre *ipso jure* proporzionatamente divisi fra l'erede ed il fedecommessario, cosicchè, secondo il Diritto novissimo, il fedecommessario dopo la restituzione è sempre da considerarsi come erede (§ 299);

3. l'erede fiduciario che non adisce volontariamente l'eredità, può venire costretto all'adizione e restituzione della medesima, ma in questo caso egli non può nè detrarne la quarta parte, nè partecipare di altri vantaggi provenienti dalla disposizione di ultima volontà, come p. e. di legati (*f*).

Siccome dunque la quarta trebellianica propriamente altro non è che la falcidia applicata ai fedecommessi universali, così valgono in generale per quella le stesse regole che spiegheremo più sotto (§ 444-448) per questa (*g*).

Per conseguenza I. soltanto l'erede diretto può dedurre la quarta, ma non mai il fedecommessario, il quale fu pregato di riconoscere ad altrui l'eredità (*h*); tranne se l'erede diretto avesse tralasciato di ritenerla colla intenzione di donarla al fedecommessario (*i*), o se fosse stato costretto ad adire la eredità; nel qual caso il diritto di dedurre la quarta passa al fedecommessario (*k*).

II. Essa vien presa su tutti gli effetti ereditarii, tranne se il testatore avesse destinata all'erede una cosa che valesse almeno la quarta parte (*l*), o se l'erede avesse alienati effetti ereditarii, i quali non superassero in valore la medesima.

III. In questa quarta parte conferisce l'erede soltanto ciò ch'egli acquista come erede, ma non ciò che acquista come legatario (§ 410, n. 6) (*m*), o ciò che gli vien dato per l'adempimento di una condizione (§ 410, n. 1) (*n*).

Il fiduciario poi acquista come erede tutto ciò ch'egli secondo la volontà del testatore, può prelevare, diffalcare, o ritenere; anche nel caso ch'egli debba riconsegnare l'eredità al fedecommessario verso una somma di danaro, questa viene considerata come prelevata o trattenuta, e deve perciò venir conferita nella quarta (*o*).

Vengono conferite anche tre quarte parti dei frutti (*p*), quando questi si devono restituire (§ 410, *n*. 7); in generale vale per la trebellianica quanto diremo più sotto (§ 338) circa il cessare della quarta falcidia (*q*).

IV. Discendenti, che sono aggravati di un fedecommesso, devono avere libera la porzione legittima (*r*).

V. In virtù della quarta trebellianica competono all'erede gli stessi rimedii legali, che vengono accordati per la quarta falcidia (§ 447) *s*).

(*f*) fr. 4, fr. 27 § 14, 15, fr. 43, fr. 55 § 3 fr. 28 § 1 D. eod.

(*g*) J. Theod. Muller *de quarta Trebellianica, quam vocant, et utrum aliqua parte differat a quarta Falc.*, Heidelberg 1815.

(*h*) E ciò perchè « *cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur* » fr. 55 § 2, fr. 22 § 5 D. XXXVI, 1.

(*i*) fr. 1 § 19 D. eod.

(*k*) fr. 63 § 11 D. eod.

(*l*) § 6 *Inst.* II, 23.

(*m*) fr. 3 § 3 D. XXXVI, 1.

(*n*) Gaji II, 254. *Epitome* Gaji II, 7 pr. — fr. 86, fr. 91 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.* — c. 24 C. III, 36 *Famill. ercisc.* — fr. 74 D. XXXV, 2. - Confr. Höpfner § 598 e Lindelof nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 3, p. 435-465.

(*o*) fr. 30 § 7 D. XXXV, 2.

(*p*) fr. 91 D. XXXV, 1 e la spiegazione di questo passo fatta da Lindelof.

(*q*) V. Lindelof pag. 454. — fr. 18 § 1, fr. 22 § 2 D. XXXI, 1. Non vengon però imputati i frutti nella quarta dei figli, che hanno a trasmetter la credità paterna o materna ai discendenti, ai fratelli od alle sorelle, c. 6 pr. e § 3 C. VI, 49 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*r*) fr. 1 § 38, fr. 3 § 1, fr. 4 fr. 45 D. XXXVI, 1.

(*s*) Nov. 39 c. 1 « *Primum quidem servet filio legitiman partem, non quartam.* »

§ 412.

Degli altri diritti del fiduciario.

Il fiduciario può con diritto ripetere dal fedecommessario tutto ciò ch'esso impiegò per la eredità, o pel pagamento di debiti ereditarii (*a*). Ad onta della riconsegna egli resta inoltre erede (*b*), e ciò non è per lui del tutto inutile; poichè oltre a ciò che gli resta per volontà del testatore o per legge (§ 410, 411), egli ha anche il diritto di migliorare mediante contratti lo stato dell'eredità (*c*), e di liberare quei debitori ereditarii, i quali nulla sanno della restituzione (*d*).

§ 413.

Divieto di alienare le cose vincolate al fedecommesso.

Siccome l'erede fiduciario deve restituire l'eredità nel modo che gli fu ingiunto, così è ben naturale ch'esso non può nè alienare nè vincolare a pegno (*a*) le cose soggette al fedecommesso, tranne se ciò gli venga permesso da quelli a cui deve seguire la riconsegna (*b*), o se vi sono debiti o legati da pagare (*c*), o se le cose sono tali che non si possano conservare (*d*); finalmente può aver luogo anche un particolare permesso legale, per cui coloro che devono restituire un fedecommesso soltanto dopo la morte col mezzo dei proprii eredi, possono alienare o vincolare a pegno le cose allo stesso appartenenti per poter costituire una dote conveniente al loro stato, ovvero una donazione in causa di nozze (*e*). Anche il medesimo testatore può aver permessa la alienazione: ciò ha luogo specialmente nel caso che sia stata ingiunta al fiduciario la restituzione soltanto di ciò che sarà ancora per esistere al momento della sua morte, ed in tal caso possono venire alienati tre quarti dell'eredità; anzi non è neppur da restituire quanto fosse stato consumato della stessa ultima duarta parte per oggetti necessarii, p. e. pel riscatto dei prigionieri, per la formazione di una dote ec.: tuttavia il fiduciario deve prestar cauzione per la quarta parte da restituirsi, purchè non venga dispensato anche da questa pei casi, di cui abbiamo ora parlato (*f*).

Chi alienò qualche cosa contro il divieto della legge, ne deve conferir il valore nella quarta trebellianica (*g*); l'alienazione delle altre cose che sorpassano la quarta, è nulla, ed essa può venire impugnata non già dallo stesso alienante, ma bensì dal fedecommessario, mediante la ***vindicatio utilis***, fin dal momento che gli si devolve il fedecommesso; e in virtù di quella devono venir restituite le cose in natura (*h*); o, se meglio gli piace, può anche ripetere ciò che l'erede diretto si procacciò col prezzo delle cose alienate (*i*).

(*a*) fr. 19 § 2, fr. 22 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senat. Trebell.* — fr. 40 § 1 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 58 e segg. D. *de legat.* I.

(*b*) § 3 *Inst.* II, 23.

(*c*) fr. 8 § 1 D. XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.*

(*d*) fr. 17 in fine D. II, 15 *de transact.*

(*a*) c. 3 § 3, 4 C. VI, 43 *Commun. de legat.* et auth. *res, quae* C. eod. Lõhr è in parte di altro avviso. *Mag.* IV, 1 pagina 96. Contro lui insorse Zimmern nell *Arch. della Prat. civ.* VIII, 1 pag. 156.

(*b*) fr. 120 § 1 D *de legat.* I. — c. 11 C. VI 42 *de fideicomm.*

(*c*) fr. 144 § 14 in fine. D. *de legat.* I. — fr. 38 pr. in fine D. *de legat.* III.

(*d*) Ciò risulta apertamente dalla natura stessa della cosa, ma è un errore il richiamarsi al fr. 22 § 3 D. XXXVI, 1.

(*e*) auth. *res quae* ad c. 3 C. VI, 43 *Commun. de legat.* Confr. Nov. 59 c. 1, e fram. 22 § 4 D. XXXVI, 1. La maggior parte de' giuristi limita la Nov. 39 ai soli figli, estendendola dall'altro lato a qualsiasi fedecommesso. Veggasi però in contrario Marezoll *Mag.* IV, 2, p. 223.

(*f*) Nov. 108, c. 1, 2.

(*g*) fr. 3 § 3 D. XXXVI, 1.

(*h*) c. 1 c. 3 § 2 C. VI, 43.

(*i*) fr. 70 in fin. fr. 71-73 D. *de legat.* II.

§ 414.

Diritti del fedecommessario relativamente alla consegna del fedecommesso.

Al fedecommessario compete:

I. un'azione personale in base al testamento (§ 440) contro il fiduciario, affinchè questi adisca e consegni la eredità, e sia nello stesso tempo risponsabile per la colpa lata e ciò che ad essa equivale, trattandosi di cose perdute, o deteriorate in valore (*a*).

II. Dopo seguita la consegna (§ 410 in principio) gli compete l'azione ereditaria fedecommessaria contro quelli che possedono *pro herede*, ovvero *pro possessore* (*b*).

III. egli acquista il fedecommesso nel tempo stesso che un legatario acquista il legato (§ 435, 436); e se i fedecommessarii sono più di uno, valgono riguardo al diritto di accrescimento le stesse regole che pei legati (§ 442) (*c*).

IV. Al fedecommessario compete senza dubbio il diritto di deliberare (*d*), e probabilmente anche il benefizio dell' inventario (*e*), e se questo fu trascurato tanto dagli eredi diretti, quanto dal fedecommessario, in tal caso egli è bensì obbligato oltre le forze dell'eredità verso i creditori (*f*), ma non verso i legatarii (*g*).

(*a*) fram. 22 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*
(*b*) fr. 1 D. V, 6 *de fideicomm. her. pet.*
(*c*) c. un. § 11 C. VI, 51 *de caduc. toll.*
(*d*) § 9 *Inst.* II, 23 « *Et secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui* ».
(*e*) § 5 *Inst.* II, 19, Confr. col § 9 *Inst.* II, 23.
(*f*) § 9 *Inst.* II, 23. — fr. 4 D. XXXVI, 1 « *Ut si fideicommissarius dixerit suo periculo adiri* »
(*g*) fr. 1 § 17 D. eod.

§ 415.

Effetti della restituzione.

I. Se l'erede diretto dovette essere forzato all'adizione e riconsegna dell'eredità, tutte le azioni e tutti gli aggravii passano al fedecommessario (*a*), e ciò vale anche nel caso che l'erede diretto sia stato pregato di restituire l'eredità, ed autorizzato ad appropriarsi una cosa o quantità determinata, che formi la quarta parte od anche più, poichè in tal caso questa cosa gli resta libera da qualunque aggravio come un legato (*b*).

II. L'erede che fu pregato di restituire tutta la eredità, prededuce per sè la quarta, e non va soggetto al peso dei legati (*c*).

III. Se all'erede fiduciario venne lasciata una parte intellettuale (*pars quota*) della eredità, sia eguale, o maggiore o minore della quarta, deve anch'egli contribuire in proporzione della sua parte ai legati: tuttavia non viene egli per questo pregiudicato nel suo diritto alla quarta parte dell'eredità, poichè egli può dedurre non solo dal fedecommesso, ma benanche dai singoli legati, quanto è necessario perchè gli resti libera la quarta parte di tutta la eredità (*d*).

§ 416.

Estinzione del fedecommesso.

Un fedecommesso universale è invalido, ossia si estingue:

1. se il testamento, in cui è contenuto, era nullo fin da principio, ovvero divenne tale in seguito;

(*a*) § 6, 7 *Inst.* II, 23. - fr. 16 § 4 D. XXXVI, 1.
(*b*) § 9 *Inst.* II, 23. Ma se ciò che venne restituito al fedecommessario non fosse sufficiente a soddisfare i legati, sarà tenuto a soddisfarli lo stesso fiduciario, in modo per altro che gli resti libera la quarta, fr. 1 § 17 D. XXXVI, 1.
(*c*) c. 8 C VI, 49 *Ad senatusc. Trebell.*
(*d*) fr. 1 § 20, fr. 2, fr. 3 pr. § 2 D. XXXVI, 1. — c. 2, C. VI, 49. È di altra opinione Günther § 770 e con esso gli scrittori da lui riportati.

2. se il fedecommessario rinunzia al suo diritto (e);

3. se egli muore prima che gli si devolva il fedecommesso;

4. se cessa la condizione, sotto la quale il fedecommesso venne istituito (f);

5. se il testatore limitò il fedecommesso a determinate persone, e queste più non esistono (g);

6. se egli rivoca il fedecommesso (h).

SEZIONE III.

Della successione singolare in caso di morte.

TITOLO I.

Del soggetto ed oggetto dei legati e della loro forma esterna.

§ 417.

Prospetto generale.

La successione singolare in caso di morte abbraccia i legati e i fedecommessi singolari (§ 299 in fine); ma Giustiniano attribuì ad ambedue eguali effetti giuridici, cosicchè essi differiscono soltanto nella denominazione (a).

Le regole dunque che spiegheremo pei legati valgono anche pei fedecommessi; e noi tratteremo prima del soggetto ed oggetto, nonchè della forma esterna dei legati, e poi dell'acquisto dei legati stessi, e dei suoi effetti, e

(e) c. 26 C. VI, 42 *de fideicomm.* — c. 1, c. 16 C. II, 3 *de pactis.* — c. 11 C. II, 4 *de transact.*

(f) fr. 102 D. XXXV, 1 *de condit.* — c. 30 C. VI, 42 *de fideicomm.*

(g) fr. 78 § 3 D. *de legat.* II.

(h) c. 27 C. VI, 42.

(a) c. 2, C. VI, 43 *Commun. de legat. et fideic.* — § 3 *Inst.* II, 20 *de legat.* Le differenze fondate nel Diritto antico leggonsi in Ulp. *Fragm.* XXIV e XXV e nelle *Istituzioni* di Gajo II, 192-225 e 268-289. Ma di queste una parte era già stata tolta innanzi Giustiniano. Confr. fr. 31 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.* — fr. 1 § 7 D. XLVIII, 10. *Ad leg. Cornel. de fals.* — c. 21 C. VI, 37 *de legat.*

finalmente delle cagioni, per cui essi sono invalidi fin da principio, o diventano tali posteriormente.

§ 418.

Delle persone che sono capaci di lasciare, di prestare, e di ricevere legati (a).

I. Soltanto chi è capace di testare (§ 317), può lasciare un legato (b);

II. e soltanto a quelli che sono capaci di succedere (c) secondo le norme da noi sviluppate in altro luogo (§ 301), colla sola differenza che, trattandosi di legati condizionati, se al momento che vengono lasciati non ebbe peranco luogo la condizione, la capacità viene giudicata dall'epoca in cui la condizione si verifica, perchè la regola Catoniana (d) non è applicabile ai legati condizionati (e);

(a) *Inst.* II, 20 *de legat.* — D. XXX, XXXI, XXXII, *de legat. et fideicomm.* - C. VI, 37 *de legat.* Westphal *Sistema della dottrina delle specie di legati*, Lipsia 1793.

(b) fr. 2, fr. 114 pr. § 1 D. XXX, *de legat.* I.

(c) § 24 *Inst.* II, 20. A persone incapaci si possono lasciare in legato soltanto gli alimenti, fr. 11, fr. 17 D. XXXIV, 1 *de alim. vel cib. legat.*

(d) framm. 1 pr. D. XXXIV, 7 *de regul. Caton.* « *Catoniana regula sic definit: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum, quandocumque decesserit, non valere* » fr. 29 D. L, 17 *de regul. jur.* « *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

(e) fr. 41 § 2 D. *De legat.* I. — fr. 3, fr. 4 D. XXXIV, G. II. Lehr: *Soluzione del quesito, in quali epoche debba essere capace l'erede testamentario ed il legatario?* § 20 e 21. — Nei fedecommessi bastava la capacità al tempo della delazione (fr. 7 pr. D. XXXII). Sostengono perciò molti (come p. e. Thibaut § 808, n. 1 e Guyet nelle sue *Disertaz. di Dir. civ.*) che, attesa la eguale natura dei legati e fedecommessi, valga lo stesso anche dei primi: ma leggasi ciò che scrisse in contrario sulla regola Catoniana Rosshirt nell'*Arch. della Prat. civ.* X, 2, p. 328. Osservato inoltre ciò ch'espone Muller nell'*Arch. della Prat. civ.* XIV, 2, p. 273 e Arndts nel *Mus. ren.* V, 2 p. 204, e fatto riflesso che secondo il Diritto romano posteriore non si potevano lasciare nemmeno i fedecommessi, se non osservando una certa forma, sembra a noi assai più verosimile che la regola catoniana venisse ap-

III. possono venir aggravati di un legato (*legare ab aliquo*) tutti quelli che in virtù dell'ultima volontà del defunto conseguiscono un vantaggio (*f*), tuttavia non sono mai obbligati ad una prestazione che superi questo vantaggio (*g*), tranne se fosse loro stato ingiunto di dare ad un terzo una cosa di loro esclusiva proprietà verso una somma di danaro, ed essi avessero accettato il legato (*h*).

Se il testatore non ha determinato chi debba prestare il legato, ne sono obbligati tutti gli eredi in proporzione delle loro parti ereditarie (*i*).

All'erede solo non si può lasciare un legato (*k*); se poi vi sono coeredi, può ad uno venir lasciata una cosa in preferenza degli altri (*praelegatum*), per modo che egli come legatario acquista soltanto ciò che i coeredi gli devono, e come erede ciò ch'egli dovrebbe a sè stesso (*l*). Se sono istituiti più eredi in parti ineguali, e se fu lasciato come legato a più di uno la medesima cosa, essi acquistano la medesima non in proporzione delle loro parti eguali (*m*); se poi la cosa fu lasciata a tutti, il legato propriamente è senza effetto, mentre essi acquistano le stesse parti di questa cosa, che loro spettano per eredità (*n*).

§ 419.

Dell'oggetto dei legati in generale.

Non solo cose in senso stretto, ma anche azioni formano oggetto de' legati (*a*).

I. Se vengono legate azioni, devono essere lecite e decenti (*b*), e tali da portare al legatario un' utilità (*c*).

II. Se vengono legate delle cose, devono essere pel legatario in commercio, benchè non lo fossero in generale, poichè se furono legate cose totalmente escluse dal commercio, in tal caso non è neppur obbligo di pagare il loro prezzo di stima (*d*); lad-

plicata tanto ai legati che ai fedecommessi, e che essa valga anche nel Diritto Giustinianeo (fr. 8 § 2 D. *de legat* III. — c. 4 C. VI, 37 *de legat*. — fr. 30 § 8 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falc.*). Oltracciò Arndts p. 216 sostiene che il principio da noi addotto, *che la regola catoniana non sia applicabile ai legati condizionati*, valga soltanto per quei legati che non sono assolutamente invalidi per difetto di qualche requisito essenziale come p. e. per mancanza d'idoneità della persona o della cosa legata, ma che soltanto per altre circostanze accidentali non potrebbero avere il loro effetto, come p. e. se a taluno, sotto la cui potestà stia l'erede istituito, venga lasciato un legato a carico della porzione ereditaria del detto erede, il qual legato sarebbe certamente valido, se la potestà del legatario cessasse prima dell'adizione dell'eredità. Sebbene questa opinione sia stata svolta da Arndts con molto acume, a noi pare tuttavia di doverci attenere a quella comune, mentre nei fonti è detto senza distinzione: *ad conditionalia Catoniana non pertinet* » (Confr. i frammenti citati al principio di questa nota): notisi inoltre che l'opinione comune non si diparte poi tanto dallo spirito del Diritto romano quanto si crede, poichè anche nelle donazioni pel caso di morte, le quali rassomigliano certo più a legati che a negozii tra vivi rispetto alla capacità del donatario si deve aver riguardo unicamente all'epoca della donazione e non a quella della morte, sebbene la donazione fosse incondizionata, fr. 22 D. XXXIX, 6 *de mortis causa donat*.

(*f*) fr. 92 § 2 D. *de legat*. I. — fr. 1 § 6 D. *de legat*. III. — c. 9 C. VI, 42 *de fideicomm*. Secondo il Diritto antico non si potevano imporre legati che all'erede. Ulp. *Fragm*. XXIV, 20 « *A legatario legari non potest.* »

(*g*) fr. 224 § 3, 4 D. *de legat*. I. — fr. 70 § 2 D. *de legat*. II.

(*h*) fr. 70 § 1 D. *de legat*. II.

(*i*) fr. 33 D. *de legat*. I. — c. 11, C. IV, 17 *de hered. act*.

(*k*) fr. 116 § 1 D. *de legat*. I.

(*l*) fr. 73 § 1 fr. 91 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid*. - fr. 18 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell*. — 34 § 12 D. *de legat*. I. Confronta Nettelbladt *Esposizione sistematica della dottrina dei praelegati*, Rostock e Lipsia 1852, e Pfeiffer *de praelegati*, Marburg 1798, e le *Miscellanee* dello stesso Marburgo 1803, p. 373.

(*m*) fr. 67 § 1 D. *de legat*. I.

(*n*) fr 34 § 12 D. eod. « *Si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.* »

(*a*) § 21 *Inst*. II, 20 *De leg*.

(*b*) fr. 112 § 3 D. *De leg*. I.

(*c*) arg. fr. 113 § 5 e fr. 114 § 14 D. eod.

(*d*) § 4 *Inst*. II, 20.

dove trattandosi di cose che sieno escluse dal commercio soltanto pel legatario, si deve pagarne il rispettivo prezzo (*e*). Inoltre si richiede che la cosa legata porti al legatario qualche utilità (*f*).

Del resto, possono venir legate delle cose tanto corporali, quanto incorporali, determinate in genere o individualmente, come pure delle università di cose, e finalmente delle cose non solo presenti, ma ben anche future (*g*). Se fu legata una certa quantità di frutti di un campo determinato, e l'erede fu incaricato di prestarli soltanto una volta, non è in obbligo di dare se non ciò che produsse quel campo (*h*), se il legato non era destinato a favore di una persona congiunta od altrimenti prossima (*i*). Se poi fu ingiunto all'erede di prestare più volte la stessa quantità, essa deve sempre essere prestata per intiero, cosicchè l'erede gravato deve negli anni ubertosi rimettere ciò che manca negli anni sterili (*k*): tuttavia la quantità fissata non si deve mai pretendere altrove; tranne se il fondo fosse stato apposto al legato soltanto pel modo di esempio (*l*).

Se il testatore ha legata la stessa cosa alla stessa persona in diversi articoli del suo testamento, il legatario non la può pretendere più di una volta (*m*), e ciò vale di regola anche quando alla stessa persona venne più volte legata una egual somma di danaro; ed una eccezione può aver luogo soltanto nel caso che si possa mostrare colle più evidenti prove che il testatore volea fare più legati (*n*), o se fu lasciata una egual somma in diversi validi testamenti (*o*), o finalmente se diversi eredi furono aggravati di una somma eguale (*p*).

Ma se furono lasciate delle somme diverse in diversi articoli di uno stesso testamento, si devono pagar tutte, se non si possa provare una contraria volontà del testatore (*q*).

Se fu legata a più di uno separatamente la stessa cosa, ed emerge a chiare note dalla disposizione che il legato fu tolto al primo legatario, e trasmesso al secondo, questi solo acquista tutta intiera la cosa; ma se ciò non emerge, ambedue acquistano la cosa in parti eguali, se non risulta dalla disposizione che il testatore voleva legare ad ognuno la cosa intiera, nel qual caso l'uno ne acquista il valore, l'altro la cosa in natura, e compete la scelta a colui, che fu il primo a promuovere il processo (*r*).

Se il testatore legò una cosa indeterminata non fungibile, e nell'eredità non esista alcuna di tale specie, il legato è nullo (*s*).

§ 420.

Del legato di una cosa propria e di una cosa altrui.

I. Se fu legata una cosa di esclusiva proprietà del testatore, e se que-

(*e*) fr. 40 D. *De legat.* I. — fr 114 § 5 D. eod. — Alcuni scrittori sono di opinione diversa in vista del fr. 49 § 2 D. *De legat.* II, e del fr 11 § 16 D. *De legat* III.

(*f*) arg. § 14 *Inst* II, 20.

(*g*) § 7 *Inst.* eod. — fr. 24 pr. D. *De legat.* I. — fr. 17 pr. D. *De legat* III.

(*h*) fr 5 D. XXXIII, 6 *De tritico, vino vel oleo leg.*

(*i*) fr. 26 pr. D. XXXVI. 2 *Quando dies legat. ced.*

(*k*) fr. 13 D. XXXIII, 6.

(*l*) fr. 12 D. XXXIV, 1 *De alim. legat.*

(*m*) fr. 66 pr. D. *de legat.* II. — fr. 34 § 1 D. *de legat.* I.

(*n*) fr. 34 § 3 D. eod.

(*o*) fr. 12 D. XXII, 3 *de probat.*

(*p*) fr. 44 § 1 D. *de legat.* II.

(*q*) fr. 9 D. XXXIV, 4 *de adim. legat.*

(*r*) fr. 33 D. *de legat.* I. — c. 7 pr. C. VI, 37 *de legat.*

(*s*) fr. 71 pr. D. *de legat.* I. Ha luogo il contrario, se venne legata una cosa fungibile, fr. 3 pr. D. XXXIII, 6 *de tritic.*

sta è vincolata a pegno, l'erede ne la deve liberare, se il testatore era conscio del pegno; ma se non n'era conscio, la deve liberare il legatario stesso, ove non sia verisimile, per la propinquità delle persone o per altre circostanze, che il testatore, se avesse saputo essere quella cosa vincolata a pegno, la avrebbe legata senza alcun aggravio, o che invece di questa ne avrebbe lasciata un'altra (*a*).

Se fu legata una cosa di proprietà comune, il legato si deve intendere di quella porzione che apparteneva il testatore (*b*); se poi era di comproprietà fra il testatore e l'erede, o se il testatore ovvero l'erede posteriormente alla disposizione testamentaria acquistò anche l'altra parte, il legatario ha diritto di ripetere tutta la cosa (*c*).

II. Se fu legata una cosa altrui, bisogna distinguere se appartenga all'erede gravato, al legatario stesso, ovvero ad un terzo: 1. se appartiene all'erede il legato ha vigore (*d*), anche se il testatore credeva che appartenesse a lui (*e*), e di regola non basta di pagare il suo prezzo di stima (*f*);

2. Se fu legata una cosa propria del legatario, il legato è nullo, perchè ciò che già appartiene non può più diventar suo, e ad onta che avesse alienata la cosa, non incombe obbligo nè di prestar questa ultima natura, nè di risarcirne il valore (*g*); e soltanto si tiene per estinto in favore del legatario il diritto che il testatore avesse mai avuto sulla cosa legata (*h*). Se poi fu legata sotto condizione una cosa propria del legatario, il legato ha vigore, purchè la cosa al momento che viene adempita la condizione non appartenga più al legatario; perchè la regola Catoniana non può venir applicata a legati condizionati (§ 418) (*i*).

3. Se fu legata una cosa altrui, ma che mediante contratto bilaterale p. e. mediante compra-vendita, passò in proprietà del legatario mentre ancora viveva il testatore, il legatario ne acquista il prezzo; ma se egli l'acquistò mediante contratto lucrativo, egli non può più prender altro (*quae causae lucrativae in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non possunt*).

Se dunque fu legata ad uno la medesima cosa in due testamenti, bisogna distinguere se egli acquistò prima la cosa, ovvero il prezzo della medesima; poichè se egli acquistò la cosa, non ha più alcun altro diritto, perchè egli la possiede per un titolo lucrativo: ma se ne acquistò prima il valore, può prendere anche la cosa (*k*).

Finalmente s'egli ne ha una parte per un titolo lucrativo, e l'altra per un titolo oneroso, riguardo all'ultima egli ne può pretendere il prezzo di stima (*l*).

III. Se fu legata la cosa di un terzo, bisogna prima di tutto osservare se il testatore l'abbia legata come sua propria, o come d'altrui. Nel primo caso può il legatario acquistare mediante usucapione la cosa ch'egli possede *pro*

(*a*) § 5 II, 20 *de legat.* — fr. 57 D. *de legat.* I. (intorno a questo framm. veggasi Mühlenbruch nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 1, p. 393) — c. 6 C. VI, 42 *de fideicomm.*

(*b*) fr. 51, 2 *de legat.* I. fr. 30 § 4 D. *de leg.* III.

(*c*) fr. 67 § 8 D. *de legat.* II. — Confr. anche il fr. 8 pr. fr. 24 § 2 D. *de legat.* I. — fr. 10 D. *de legat.* II. Günther § 866 I.

(*d*) § 4 *Inst.* II, 20 *de legat.* — c. 25 C. VI, 42.

(*e*) fr. 67 § 8 D. *de legat.* II.

(*f*) fr. 71 § 4 D. *de legat.* I. — Un'eccezione si trova nel fr. 71 § 3 D. eod.

(*g*) § 10 *Inst.* II. 20. Confr. per altro anche il fr. 39 § 2 D. *de legat.* I.

(*h*) fr. 71 § 5, fr. 86 pr. § 4 D. *de legat.* I.

(*i*) In questo modo si possono conciliare il § 10 *Inst.* II, 20 e il fr. 1 § 2 D. XXXIV, 7 *de reg. Caton.* Confr. Höpfner § 560, nota 4, ed Arndts nel *Mus. ren.* V, 2, p. 229.

(*k*) § 6 *Inst.* II, 20. — fr. 108 § 4 D. *de legat.* I.

(*l*) fr. 82 § 3 D. *de legat.*

legato e senza vizi (§ 217); ma in caso diverso non gli compete nulla, tranne se il legato fosse lasciato ad una persona propinqua, a cui il testatore avrebbe certamente legato qualche cosa, quantunque avesse saputo che la cosa era d'altrui (*m*), ovvero se l' erede fosse stato pregato di restituire la eredità, dopo di averne ritenuta per sè una cosa che si trovi in essa di altrui pertinenza (*n*).

Nel secondo caso, in cui il testatore sapeva che la cosa era d' altrui deve l' erede acquistare dal proprietario, e consegnarla al legatario, o se non può farne l'acquisto, deve pagarne il prezzo di stima: ma il legatario deve provare che il testatore sapeva essere la cosa d'altrui (*o*).

Se taluno legò la cosa propria credendola d'altrui, il legato ha vigore ed effetto, poichè la verità va innanzi alla mera opinione. Anzi ha vigore anche nel caso che egli credesse appartenere la cosa al legatario, perchè la volontà del defunto può venire adempita (*p*).

Se il testatore legò la cosa propria e poi in seguito la alienò; ma non colla intenzione di rendere vano il legato, questo sussiste in pieno vigose (*q*).

§ 421.

Del legato di una cosa determinata individualmente o soltanto in genere, del legato di una quantità, e del legato di elezione.

Esiste il *legatum speciei* quando fu legata una cosa determinata individualmente; il *legatum generis* quando furono lasciate una o più cose non fungibili di un genere secondario, e senza determinazione individuale (§§ 73, *c* e § 487 *a*); il *legatum quantitatis* quando furono legate delle cose che possono essere sostituite da altre, in un numero o peso determinato, o dietro una determinata misura (*a*).

I. Il *legatum speciei* ha questo di particolare, che perisce in danno del legatario, e non dell'erede, tranne se questi era in colpa (*b*), e che, se furono legate due cose di specie determinate, e che appartengano ambedue alla classe delle cose principali, quantunque una sia perita, si può ancora pretendere l'altra; ma se soltanto una cosa principale e l'altra una cosa accessoria, in tal caso non si può pretendere neppure quest' ultima quando sia deperita la prima (*c*).

II. Nel *legatum generis* bisogna distinguere se il testatore lasciò a qualcheduno la scielta (*legatum optionis* ovvero *electionis* in senso lato), o no.

In quest' ultimo caso il legatario ha il diritto di scegliere una fra diverse cose individuali dello stesso genere, ma non può prendere la migliore (*d*); nel primo caso può avere il

(*m*) c. 10 C. VI, 37 D. *de legat.*
(*n*) fr. 72 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*
(*o*) § 4 *Inst.* II, 20. — fr. 14 § 2, fr. 30 § 6 D, *de legat.* III.
(*p*) § 11 *Inst.* II, 20.
(*q*) § 12 *Inst.* eod.

(*a*) § 22 *Inst.* II, 20. - fr. 34 § 3, 5 D. *de legat.* I. — fr. 71 pr. D. eod. Di opinione diversa è Buchholtz nei suoi *Saggi*. I. A noi sembra però tanto più fondata la nostra definizione del legato *generis*, che lo stesso Buchholtz alla p. 22 la riguarderebbe siccome consentanea ai fonti, se a suo avviso non vi si opponesse il fr. 81 § 3, p. XLV, 1 *de verb. oblig.* « *si stipulatus fuero* ex fundo *centum amphoras vini .... vini non species, sed genus stipulari videmur.* » — Ma se taluno compra più emeri di vino di una determinata vigna, quel vino non è più una cosa fungibile.
(*b*) § 16 *Inst.* II, 20. — fr. 45 § 2, fr. 47 § 4 D. *de legat.* I.
(*c*) fr. 17-19 *Inst.* II, 20.
(*d*) § 22 *Inst.* II, 20. — fr. 37, fr. 108 § 2 D. *de legat.* I. — fr. 2 § 1 XXXIII, 5 *de opt. vel legat.* Non sembrano fondate le distinzioni che in vista del fr. 32 § 1, fr. 71 pr., fr. 84 § 3 D. *de legat* I. - fr. 3 D. XXXIII, 6 *de trit. vin.* fanno i giureconsulti, fra i quali p. e. Höpfner § 569: quelle distinzioni si riferiscon piuttosto al Diritto antico

diritto di scelta il legatario stesso (*legatum optionis* in senso stretto), ovvero l'erede, ovvero finalmente un terzo. Se il diritto di scelta fu lasciato:

1. al legatario, egli si può scegliere la miglior cosa (*e*), e trasmette questo diritto anche ne' suoi eredi (*f*).

2. Se la scelta fu lasciata all'erede esso non può dare la cosa peggiore (*g*); s'egli poi trascura il termine prescritto dal testatore o dal giudice allora il diritto di scelta passa al legatario (*h*).

3. Se lo stesso diritto fu accordato ad un terzo, anche questi può eleggere il capo migliore (*i*); ma se egli non fece la scelta entro un anno, o se morì quando che sia, in tal caso il diritto passa al legatario, sempre tuttavia in modo ch'egli non può scegliere la cosa migliore, ma soltanto una di mediocre qualità (*k*). purchè il testatore non gli abbia espressamente accordato il diritto di scelta per questo caso, ed allora egli si può prendere anche la cosa migliore (*l*).

Se il diritto di scelta fu concesso a più persone, e se queste sono fra loro discordi, deve decidere la sorte, cosicchè è decisiva l'opinione di quella a cui toccò (*m*).

Se furono lasciati a qualcheduno più cose delle stesso genere senza determinazione di numero, in tal caso l'erede deve darne tre (*n*).

Per la scelta deve l'erede presentare tutte le cose dello stesso genere (*o*), purchè il legatario stesso non siasi contentato di un numero minore, sapendo che nella eredità se ne ritrovano ancora di più (*p*), e l'erede prima che sia eseguita la scelta non può neppure alienare alcuna delle cose spettanti al genere legato (*q*).

Dopo fatta la scelta non si può più mutare la propria risoluzione riguardo all'oggetto scelto (*r*), tranne se si fosse eletta una cosa che venisse poi evitta da un terzo (*s*).

Nel resto dal *legatum generis* differisce:

a. il legato di una cosa determinata, la quale soltanto per accidente divenga incerta, perchè nella eredità si trovino più cose dello stesso nome; nel qual caso si deve dare quella che ha minor valore (*t*);

b. il legato alternativo, se di due o più cose alternativamente lasciate si può scegliere l'una o l'altra (*u*).

secondo il quale si doveva aver riguardo alla formula colla quale venivano lasciati i legati (§ 431). Confr. fr. 19 D. *de legat*. I.- Ulp. *Fragm.* XXIV, 14 e Thibaut *Saggi* I, p. 16 e 17, nota 16.

(*e*) fr. 2 pr. D. XXXIII, 5 — fr. 9 § 1 D. IV, 4 *de dolo malo*.

(*f*) § 23 *Inst*. II, 20.

(*g*) fr. 110 D. *de legat*. I.

(*h*) fr. 37 pr. D. eod. — fr. 11 § 1 D. *de leg*. II.

(*i*) fr. 21 D. XXXIII, 5 *de opt. vel elect. legat*.

(*k*) c. 3 § 1 C. VI, 43 *Commun. de legat*.

(*l*) fr. 20 D. XXXIII, 5 *Quod si Sempronia mater ejus non elegerit, tunc ipsa sibi*, quae volet *eligat*.

(*m*) § 23 *Inst*. II, 20.

(*n*) fr. 1 D. XXXIII, 5 — fr 12 D, XXII, 5 *Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt, pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*, sembra che contenga una diversa disposizione, e il professore Kopatsch nella di lui *Analisi del mio diritto ereditario* (Giorn di Wagner 1831, fasc. 10, p. 420) crede di poter toglier tale contraddizione osservando se il testatore abbia dichiarata la sua ultima volontà in una lingua che abbia duale e plurale, oppure in una lingua che non abbia che plurale: nel primo caso, se il testatore si è espresso in plurale, il legatario potrebbe esigere tre capi, e nel secondo ne potrebbe esigere soltanto due. Per quanto ingegnosa sia questa interpretazione, a noi non pare tuttavia ch'esista contraddizione fra i due passi citati, i quali sono dello stesso classico, cioè di Ulpiano, e non essendo d'altronde sorprendente, che, sebbene di regola per più s'intendano anche due, nelle disposizioni di ultima volontà s'intendessero tre, dappoichè le disposizioni di ultima volontà venivano in genere interpretate meno rigorosamente degli altri negozi civili.

(*o*) fr. 8 § 3 D. XXXIII, 5.

(*p*) fr. 4 D. eod.

(*q*) fr. 14 D. eod.

(*r*) fr. 20 D. eod.

(*s*) fr. 2 § 2 D. eod. — fr. 29 § 3 D. *de leg*. III.

(*t*) fr. 39 § 6 D. *de legat*. I.

(*u*) fr. 34 § 14, fr. 84 § 9, fr. 109 § 1 De *de legat* I.

c. il legato di una massa (*universitas*), sotto il quale s'intende tutto ciò che appartiene ad una massa (§ 76), e perciò anche l'accessione avvenuta dopo che fu istituito il legato (*v*); e il legatario ha il diritto di pretendere tutto ciò che per avventura è rimasto della massa, quand'anche non fosse che una cosa sola (*x*).

III. Se fu legata una determinata quantità (p. e. cento orne di vino) senza più precisa indicazione della sua qualità, sta in arbitrio dell'onerato di prestarla di quella qualità che più gli aggrada (*y*) (confronta ancora § 419 in fine).

§ 422.
Legatum partitionis.

Il *legato partitionis* ha luogo se qualcheduno acquista per un titolo singolare una parte intellettuale (*pars quota*) della eredità. Benchè questo legato abbia qualche somiglianza col diritto ereditario, tuttavia differisce dallo stesso in ciò specialmente, che il legatario ha un titolo puramente singolare, e per conseguenza non può come l'erede far uso del diritto di accrescimento, nè partecipare ai vantaggi e pesi della eredità; anzi il suo diritto si estingue del tutto se il testatore non lascia alcun erede.

Dipende poi dall'arbitrio dell'erede se voglia dare in natura la quota assegnata ovvero il suo prezzo di stima (*a*); e se egli preferisce il primo partito, hanno luogo fra l'erede ed il legatario delle stipulazioni (*stipulationes partis et pro parte*) con cui si obbligano di dividere, in proporzione delle loro quote, tanto il lucro quanto il danno che fosse per derivare dalla eredità (*b*).

§ 423.
Legatum nominis.

Il *legato nominis* ha luogo quando il testatore lascia a qualcheduno ciò ch'egli stesso, ovvero l'onerato deve avere da un terzo (*c*).

Per la sua validità si richiede che il credito esista veramente al tempo che viene istituito il legato (*d*), e che non sia estinto prima della morte del testatore (*e*).

È dunque invalido il legato di un credito che non esiste, tanto se fu espressa una somma quanto se non lo fu (*f*).

Ma se si fece menzione di un credito soltanto in via di esempio, col

(*v*) fr. 65 pr. D. *de legat.* II.

(*x*) § 18 *Inst.* II, 20.

(*y*) fr. 4 D. XXXIII, 6 *De trit. vin. vel ol. legat.*

(*a*) fr. 26 § 2, fr. 27 D. *De legat.* I. — fr. 32 § 8 D. XXXIII, 2 *De usu et usufr.*

(*b*) § 5 *Inst.* II, 23 *De fideicomm. hered* — fr. 8 § 5 D. *De legat.* II. — Ulp. *Fragm.* XXIV, 25 e XXV, 15 Vedi l'*Arch. della Prat. civ.* II 2, p. 191 e il *Mag.* IV, 1, p. 92 dove Löhr sostiene, che secondo il Diritto nuovissimo, non esiste più alcuna differenza tra il fedecommesso universale, e il legato *partitionis*, per ciò che le formule furono dal suddetto Diritto abolite, od in vista specialmente della c. 2 C. VI, 43. Ma coll'abolire le formule Giustiniano non mirava certamente a rendere, sotto questo aspetto, affatto inefficace la volontà dei testatori: se pertanto sia manifesto che il testatore abbia voluto che gli succeda non per un titolo universale ma per un titolo singolare quegli a cui esso lasciò una parte intellettuale dell'eredità, in tal caso noi siamo d'avviso che il legato *partitionis* abbia secondo il Diritto nuovissimo gl'identici effetti che secondo il Diritto antico.

(*c*) C. G. Haubold *Diss. de legato nominis*, Lips. 1793.

(*d*) fr. 75 § 1 e 2 D. *De legat.* I.

(*e*) fr. 21 pr. § 1, 2 D. XXXIV, 3 *De liberat. legat.* — § 21 *Inst.* II, 20 *De legat.* — fr. 75 § 2, fr. 82 § 5 D. *De legat.* I. Nello stesso modo peraltro che un legato non si estingue per una novazione, fr. 76 § 3 D. *De legat.* II, così esso sussista quand'anche il debito sia stato pagato o riscosso il credito, se il debitore abbia pagato spontaneamente il debito, o s'è provato che il testatore, ad onta che abbia riscosso il credito, non aveva intenzione di rivocare il legato, fr. 11 § 13 D. *De legat.* III. — fr. 31 in fine. D. XXXIV, 4 *De adim. legat.* — fr. 64 D. *De legat.* III.

(*f*) fr. 75 § 1, 2 D. *De legat.* I.

quale il legatario potesse venir soddisfatto, in tal caso il legato si deve prestare benchè non esista quel credito (*g*).

Il legatario ha diritto di pretendere dall'onerato la cessione dell'azione (*h*); ma anche senza cessione gli compete una azione utile contro il debitore (*i*).

Se fu legato un credito alternativo, il legatario ne ha la scelta, se questa competeva anche al testatore (*k*); se poi la scelta compete al debitore, e se fu legata a qualcheduno una cosa *determinata* fra il numero di quelle che si devono soltanto alternativamente prestare, allora compete al legatario l'*actio incerti* contro l'erede, affinchè questi impetisca il debitore, dal di cui arbitrio dipende che il legato abbia o no efficacia; poichè s'egli presta la cosa legata, il legato allora ha il suo effetto, ed all'incontro esso è inefficace s'egli presta l'altra cosa non legata (*l*).

Se poi in dipendenza di un'obbligazione alternativa furono a più persone legate più cose, ovvero un tutto dovuto in dipendenza di un'obbligazione correale (§ 459), in tal caso, secondo il Diritto nuovo, acquista ognuno una porzione virile, e non già uno la cosa, e l'altro il suo prezzo di stima (*m*).

(*g*) fr. 69 pr. D. *De legat.* I.
(*h*) § 21 *Inst.* II, 20 *De legat.* — fr. 44 § 6, fr. 75 § 2 D. *De legat.* I.
(*i*) c. 18 C. VI, 37 *De legat.*
(*k*) fr. 75 § 3 D. *De legat.* I.
(*l*) fr. 75 § 4 D. eod.
(*m*) c. un. § 11 C. VI, 51 *De caducis toll.*, con che vennero derogati i fr. 82 § 5 D. *De legat.* I. — fr. 13 pr. D. *De legat.* II, e il fr. 76 D. *De legat.* I. Sulla massima contenuta in quest'ultimo frammento erano già gli antichi Giureconsulti divisi fra loro di parere fr. 50 § 1 D. *De legat.* II. La costituzione riportata al principio di questa nota, in quanto fa al nostro proposito, tratta è vero soltanto del caso che sia stato alternativamente legata la stessa cosa a più persone; ma se a più persone vennero legate più cose dovute per un'obbligazione alternativa, tutte le mdesime sono chiamate alla stessa obbligazione suddetta. E siccome nel caso che il testatore abbia legato alternativamente a due persone p. e. Stico, che più individui gli devono in solido, se uno dei debitori consegna il detto Stico, gli altri restano esonerati; così anche nel caso di un'obbligazione alternativa, se il debitore che deve consegnare Stico e Sempronio abbia consegnato Stico, egli resta liberato dall'obbligo di dare Sempronio: sembra quindi, che esista in fatti un'analogia fra i due casi addotti. Aggiungasi che in tal modo viene tolta assai bene la discrepanza che passa fra il fr. 76 D. *De legat.* I, ed il fr. 50 § 1 D. *De legat.* II. Diversamente intende questi frammenti Mühlenbruch § 557 prima delle note 9 e 11.

§ 424.

Legatum liberationis.

Pel *legato liberationis* (*a*), s'intende quel legato per cui il debitore vien liberato da un obbligo ch'egli avrebbe dovuto adempiere in favore o del defunto, o dell'erede, o di un terzo (*b*).

In virtù di questo legato, se lo stesso testatore od erede erano i creditori, può il debitore, se viene impetito dall'erede, opporre la *exceptio doli*, e se non viene impetito, può domandare la liberazione del debito: se egli fu liberato dal debito verso un terzo, può pretendere che lo stesso venga soddisfatto dall'erede (*c*), ed in questo caso esistono propriamente due legatarii, poichè non giova solamente al debitore che venga pagato il suo debito, ma è un vantaggio benanche pel creditore di aver così due debitori (*d*).

Se la liberazione fu pronunciata soltanto per un certo tempo, il debitore durante questo tempo non paga alcun interesse (*e*).

Se qualcheduno fu liberato da tutti i suoi debiti, questa liberazione non si può estendere che a quei debiti

(*a*) Geiger e Gluck, *Casi di Diritto*, T. I. n. 2.
(*b*) fr. 8 pr. D. XXXIV, 3 *De libert. legat.*
(*c*) fr. 3 § 2, 3, fr. 4 D. XXXIV, 3 eod.
(*d*) fr. 3 in fine D. eod. « *interesse enim creditoris, duos reos habere* » fr. 4 eod.
(*e*) fr. 8 § 2 D. eod.

ch'egli aveva al tempo che venne lasciato il legato (*f*).

Questo legato giova anche al fidejussore il quale ha un regresso verso il debitore (*g*); ma non già ai condebitori, tranne se sono socii (*h*).

La liberazione di un debito può venir legata anche tacitamente, se il creditore lega al debitore il chirografo del debito, o se il testatore lega al debitore di un terzo il pegno a questo consegnato; nel qual caso l'erede deve redimere il pegno, e pagare pel debitore. Diversa è poi la cosa se il testatore lega al debitore il pegno costituito a sè stesso nel qual caso si ritiene per liberato soltanto dal pegno, ma non già dal debito stesso (*i*).

La liberazione di un non debito è senza vigore, se anche fu espressa una certa quantità (*k*); tranne se il legatario potesse provare che il testatore volea lasciargli la somma da lui espressa (*l*).

Il legato è egualmente senza effetto, se il debito al momento della morte del testatore più non esiste (*m*).

§ 425.
Legatum debiti.

Col *legato debiti* il testatore lascia al suo creditore ciò ch'esso gli deve ed ha effetto se il legato è più vantaggioso che il credito stesso (*a*), il che ha luogo quando vien legato in modo assoluto un debito prima condizionato da pagarsi in un certo tempo e luogo, o per un fine determinato, poichè in virtù del legato può invece venire esatto in luogo più comodo e subito dopo l'adizione dell'eredità (*b*) (§ 436), senza che al creditore possano venir opposte le eccezioni che altrimenti avrebbero avuto effetto (*c*); ovvero se il creditore acquista un'azione più vantaggiosa in virtù dell'ipoteca legale sulla facoltà passata all'onerato (§ 247 IV); ovvero se il debito è minore del legato; ovvero finalmente se non esiste alcun credito, poichè fu espressa una somma determinata, il legato ha il suo pieno effetto (*d*).

Anzi viene sostenuto in vigore anche quando è vantaggioso pel coerede (*e*), o pel debitore stesso (*f*), benchè non lo sia pel creditore. Ma non esiste il *legatum debiti* se il debitore lasciò al suo creditore la cosa che gli aveva impegnata, o una somma di danaro eguale a quella che gli deve, qualora non si possa provare ad evidenza la volontà contraria del testatore, o se la figlia acquista in forza del legato appunto quanto il padre avrebbe dovuto darle in dote (*g*).

§ 426.
Il legato della dote.

La dote può venire legata in quattro maniere:

I. Se il marito lega a sua moglie

(*f*) fr. 28 § 1, fr. 31 § 4, 5 D. eod.
(*g*) fr. 2 pr., fr. 5 pr. D. eod.
(*h*) fr. 3 § 3, fr. 31 § 5 D. eod.
(*i*) fr. 3 § 1, fr. 1 § 1 D. eod. Günther *Principia jur. rom.* § 874.
(*k*) fr. 15, fr. 25, fr. 31 pr. D. eod. Confr. Averanii *Interpr.* lib. V, c. 22 n. 1-3.
(*l*) fr. 31 pr. D. eod. « *prius quidem secundum ea* » etc.
(*m*) fr. 26 § 7 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 7 § 5, 7, fr. 24 D. XXXIV, 3.
(*a*) § 14 *Inst.* 20 *de legat.*

(*b*) § 14 *Inst.* II, 20. - fr. 5 D. XXXV, 2 *Ad legem Falcid.*
(*c*) fr. 28 pr. D. *de legat.* I.
(*d*) § 15 *Inst.* II, 20. — fr. 75 § 1 D. *de legat.* I. — fr. 25 D. XXXIV, 3 *de liber. legat.*
(*e*) fr. 7 § 3 D. XXXIV, 3 « *Si duobus heredibus institutis, alterum ex his damnaverit creditori solvere, valet legatum propter coheredem, eumque ex testamento acturum, ut creditori solvatur.* »
(*f*) fram. 49 § 6 D. *de legat.* I.
(*g*) fr. 85 D. *De legat.* II. — fr. 84 § 6 D. *De legat.* I. - fr. 22 § 3 D. XXIV, 3 *Solut. matr. quemad pet.*

la dote già da lei ricevuta (*praelegatum, relegatum dotis*) (*a*).

Questo legato è una specie di *legatum debiti*, e porta il vantaggio che una dote consistente in beni mobili si può ripetere subito (confr. § 561) (*b*), che le spese fattevi per utilità o per piacere vengono risguardate come condonate (*c*), e che, qualora sia stata espressa una determinata somma, la moglie può ripeterla, benchè essa non abbia portata al marito alcuna dote (*d*).

II. Se la moglie lega al marito la dote, ciò si chiama *legatum dotis*, ed ha l'effetto che il marito resta liberato dall'obbligo di restituire la dote (*e*).

III. Se mediante un legato vien trasferito ad un terzo il diritto sulla dote, ciò si chiama *legatum dotis exigendae*, ed ha somiglianza col legato di un credito (*f*).

IV. Se viene legata ad una femmina la dote, perchè la porti al suo futuro marito, allora si chiama *legatum dotis constituendae*, il quale viene più rettamente risguardato come un legato ad uno scopo determinato (*g*), quando per altro non sia stato ordinato espressamente sotto la condizione di future nozze (confr. § 94, nota *e*).

Perciò, previa cauzione, esso si può ripetere subito (*h*); ma se la legataria muore prima di contrarre il matrimonio, essa non trasmette nulla ai proprii eredi, mentre la destinazione di uno scopo è puramente personale (*i*).

Se colui in riguardo del quale fu legata la dote non vuole prendere in moglie la legataria, può essa tuttavia ripetere la dote, ma non la può ripetere quegli (*k*).

Ma dopo conchiuso il matrimonio può anche questi domandare il legato, perchè fu lasciato non solo in favor della moglie ma benanche del marito (*l*).

(*a*) Se ne leggono esempii nel fr. 1 § 12, fr. 3, fr. 17 pr. D XXXIII, 4 *de dote praelegata*.
(*b*) fr. 1 § 2 D. eod.
(*c*) fr. 5 D. eod.
(*d*) § 15 *Inst.* II, 20, fr. 1 § 7, 8 D. XXXIII, 4.
(*e*) fr. 11 D. eod.
(*f*) fr. 1 § 10, fr. 7 pr. D. eod. — Günther *Pr. jur. rom.* § 875 III.
(*g*) fram. 71 § 3 D. XXXV, 1 *de condict.* Confr fra gli altri Hasse *Dei diritti dei conjugi sui loro beni* § 89, p. 332, Günther § 875 IV.
(*h*) fram. 71 § 3 D. XXXV, 1 « *Sabinus autem existimabat* etc. »
(*i*) fr. 71 § 3 D. eod. « *autem nuptias vero* etc. »
(*k*) fr. 71 § 3 D. eod. « *Quod si nolit eam uxorem ducere* etc. »
(*l*) fr. 29, fr. 48 § 1 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 1 § 3 D. XXXV, 1.

§ 427.

Del legato di una servitù.

Possono venir legate delle servitù non solo personali, ma benanco reali; le quali ultime, siccome sono inerenti ad una cosa, non si estinguono colla morte del legatario (*a*).

Circa il legato di usufrutto è da osservarsi che nel caso che il testatore leghi ad uno il fondo, e ad un altro l'usufrutto, ambedue dividono quest'ultimo fra loro, purchè il testatore non abbia espressamente lasciato al primo il fondo senza usufrutto (*b*) (confr. § 442).

Differisce da questo il legato di rendite (*legatum redituum*), per cui l'onerato deve consegnare al legatario i frutti percetti da un certo fondo. L'onerato può vendere il fondo, purch'egli offra al legatario un tal prezzo, quando soleva avere il testatore quando vivea mediante l'uso, o mediante la locazione del fondo stesso (*c*).

(*a*) fr. 6 D. XXXIII, 3 *de servit. legat.*
(*b*) fr. 19 D. XXXIII, 2 *De usu et usufr. et red.*
(*c*) fram. 38 D eod. Confronta anche il fr. 22, 25 D. eod.

§ 428.

Del legato di pegno.

È disposizione espressa delle nostre leggi (*a*) che anche in un atto di ultima volontà si possa costituire un pegno; e i suoi effetti sono da giudicarsi in generale secondo la natura dei legati e fedecommessi: che poi non gli competa probabilmente la forza di un pegno pubblico, l'abbiamo già osservato in un altro luogo (§ 243).

§ 429.

Dei legati annui e mensili.

Un legato annuale o mensile (*legatum annuum, menstruum*) è quello che si deve prestare ogni anno ovvero ogni mese (*a*).

Una tale disposizione testamentaria contiene propriamente più legati, di cui quello del primo anno o mese è incondizionato, e gli altri poi contengono in sè la condizione, che il legatario resterà in vita (*b*).

In questo legato perciò tanti sono i giorni di delazione (§ 435) quanti gli anni o mesi, e la delazione si effettua al principio di ogni anno o mese (*c*); dal che segue ad evidenza che il tempo della prescrizione decorre non già dal principio del legato, ma dal principio di ogni anno (*d*).

Di regola questo legato, si estingue colla morte del legatario (*e*); ma se il testatore ha chiamati gli eredi, allora passa di erede in erede (*f*), e se fu lasciato ad una persona morale, ha vigore fino alla totale estinzione della medesima (*g*).

§ 430.

Del legato degli alimenti.

Il legato degli alimenti comprende vitto, vestito ed abitazione, ma le spese di educazione non vi vengono sottintese (*a*), qualora non si possa provare una contraria volontà del testatore (*b*); il legato delle spese di educazione all'incontro abbraccia anche gli alimenti (*c*).

Se fu lasciata soltanto il vitto, non vi è compreso nè il vestito nè l'abitazione (*d*).

Se furono legati gli alimenti senza precisarne la misura, bisogna prima di tutto aver riflesso a ciò che il defunto era solito di dare al legatario, e poi a ciò ch'egli dava ad altri di stato eguale; e se non si può rilevare nè l'uno nè l'altro, allora se ne deve fissare la misura secondo la facoltà del defunto, e secondo i rapporti più o meno amichevoli che passavano fra lui e il legatario (*e*).

In generale valgono riguardo gli alimenti le stesse norme stabilite nell'antecedente paragrafo pei legati annuali (*f*); tuttavia gli alimenti godono una prerogativa maggiore, la quale consiste in ciò:

1. ch'essi possono venir legati anche ad uno incapace di ereditare (*g*); e

(*a*) fr. 26 D. XIII, 7 *De pignor. act.*

(*a*) fr. 4, fr. 20 § 1, fr. 23, fr. 24 D. XXXIII, 1 *De annuis legatis.*

(*b*) fr. 4 D. eod. — fr. 10 D. XXXVI, 2 *Quando dies legat.*

(*c*) fr. 12 pr. § 1 e 3 D. XXXVI, 2 — fr. 5, fr 8, fr. 22 D. XXXIII, 1. In ciò esso si distingue dal legato di una somma determinata, ch'è un legato solo, il cui pagamento però è diviso in più rate, fr. 12 § 4, fr. 20 D XXXVI, 2.

(*d*) c. 7 § 6 C. VII, 39 *de praescr. 36 vel 40 annor.*

(*e*) fr. 4 in fine, fr. 8 *ab init.* D. XXXIII, 1.

(*f*) c. 22 C. VI, 37. — fr. 65 D. L. 16 *de verb. sign.*

(*g*) fr. 6, fr. 20 § 1 D. XXXIII, 1.

(*a*) fr. 6, fr. 7 D. XXXIV, 1 *de alim. legat.*

(*b*) fr. 7 D. eod.

(*c*) fr. 23 D. eod.

(*d*) fr. 21 D. eod.

(*e*) fr. 22 pr. D. eod.

(*f*) fr. 8 § 10 in fine. D. II, 15 *de transact.* — fr. 15 pr. D. XXXIV, 1. - fr. 26 in fine D. XXXVI, 2 *Quando dies legat.*

(*g*) fr. 11 D. XXXIV, 1. — fr. 3 D. XXXIV, 8 *De his, quae pro non script.*

2. che nel caso che sieno lasciati fino alla pubertà; sotto di questa si deve intendere la pubertà piena (§ 61, nota *d*) (*h*). (confr. ancora §§ 419, 451 e 638) (*i*).

§ 431.
Della forma esterna dei legati.

Riguardo alla forma esterna, vi erano secondo il Diritto antico quattro sorte di legati secondo la diversità delle formule con cui venivano lasciati (*a*).

1. *per vindicationem*, p. e. *io dò, io lego, egli si prenda, egli abbia*, e con ciò il testatore manifesta la sua volontà di trasferire nel legatario la proprietà della cosa legata senza un atto particolare da canto dell'erede, cosicchè ha luogo l'azione vindicatoria della proprietà;

2. *per praeceptionem*, se il testatore lascia un prelegato ad uno fra molti coeredi, cui egli può ripetere mediante l'azione per divisione dell'eredità;

3. *per damnationem*, se viene ingiunto all'erede di dare o di prestare qualche cosa;

4. *sinendi modo*, se il testatore dichiara di volere che il legatario si prenda qualche cosa dell'eredità, le quali ultime formule davano soltanto il diritto ad un'azione personale in base al testamento.

Ma secondo il Diritto moderno, questa sorte di formule venne totalmente abolita, e, perciò tutti i legati hanno la stessa natura, e senza riguardo alle parole con cui venne lasciata qualche cosa, sta in arbitrio del legatario di ripeterla non solo mediante un'azione personale, ma benanche reale, e specialmente mediante l'ipotecaria (*b*).

Si possono dunque istituir dei legati tanto nei testamenti quanto nei codicilli, anzi talvolta anche senza qualsiasi estrinseca formalità (§ 406 in fine).

Anche il legato rimesso al libero arbitrio del legatario (*c*) vale come condizionato, cosicchè agli eredi dello stesso non vien trasferito nulla, se egli non lo accettò mentre viveva (*d*).

Se il legato dipende direttamente dall'arbitrio dell'erede o di un terzo (*e*), è invalido (*f*); se poi fu rimesso alla loro diseredazione (*g*), ha forza appunto come se fosse stato rimesso indirettamente, o tacitamente (*h*) al loro arbitrio, nel qual caso si considera come condizionato.

§ 432.
Legati sotto una condizione o determinazione di tempo.

Se fu istituito un legato sotto una condizione, e determinazione di tempo, valgono in regola le medesime norme stabilite per la istituzione di erede (§ 347-349). Soltanto sono da notarsi le seguenti differenze:

1. il legato lasciato da un certo giorno o fino ad un certo giorno si deve intendere rigorosamente secondo

(*h*) fr. 14 pr. 1 D. XXXIV, 1.

(*i*) Oltre le specie fin qui accennate di legati ve ne sono nei fonti molte altre, la cui nozione si fonda in gran parte nel linguaggio particolare dei romani. Confr. D. XXXIII, 6-10. - D. XXXIV 2, ed E. C. Westphal *Sistema della dottrina delle singole specie di legati* e dell'azione *familiae erciscundae*, Lips. 1793.

(*a*) Gaji *Inst.* II, 192 et seq.

(*b*) § 2 *Inst.* II, 20 *De legat.* — c. 1 C. VI, 43 *Comm. de legat.*

(*c*) p. e. io lascio a Cajo, s'ei vuole, 100 fior.

(*d*) fr. 65 § 1 D. *De legat.* I.—fr. 69 D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.*

(*e*) Cajo riceverà 100 fiorini, se così voglia l'erede Tizio.

(*f*) fr. 43 § 2 D. *De legat.* I. — fr. 46 pr. D. XL, 5 *De fideicomm. hered.* — fr. 52 D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.* fr. 32 pr. D. XXVIII, 5 *De hered. inst.*

(*g*) fr. 1 § 1 D. *De legat.* II. — fr. 75 pr. D. *De legat.* I. — fr. 11 § 7, 8 *De legat.* III. — fr. 46 § 3 D. XL 5.

(*h*) fr. 11 § 3 *De legat.* III, « *nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo, quasi conditionale est.* » — fr. 3 D. *De legat.* II. Confronta anche

le parole, cosicchè nel primo caso non si può ripetere prima dell'evenienza del giorno (*a*), e nel secondo caso cessa appena decorso il tempo fissato (*b*);

2. Il legato cessa parimente al verificarsi di una condizione resolutiva (*c*);

3. Il possesso dei beni, che viene accordato all'erede, in pendenza di una condizione sospensiva, non può venire esteso al legatario (§ 435);

4. La cauzione Muciana ha luogo qui come nell'eredità (§ 349): ma nei legati la condizione negativa deve essere tale, che il legatario durante tutta la sua vita possa agire in opposizione alla stessa (*d*), altrimenti la cauzione non ha luogo; ciocchè è differente trattandosi di eredi (§ 349).

5. La condizione sospensiva verificata non retroagisce alla morte del testatore (*e*).

§ 433.

Dei legati lasciati per un motivo, ad un fine, o sotto una descrizione.

Riguardo ai legati lasciati sotto una descrizione, o per un motivo, valgono le stesse regole spiegate nel § 346 (*a*).

Se fu lasciata qualche cosa per un fine determinato, si deve prestar cauzione pel debito adempimento del medesimo (*b*), tranne se a nessuno fuorchè al legatario stesso importi che venga conseguito il fine, nel qual caso secondo le regole generali cessa la cauzione (§ 94) (*c*).

§ 434.

Dei legati lasciati per castigo.

Si ritiene che sia legato per castigo ciò che fu lasciato per costringere l'erede a fare o tralasciare più facilmente qualche cosa: p. e.: ***se il mio erede concede in moglie a Tizio sua figlia, o viceversa s'egli non gliela concede, dovrà dare Tizio 10 monete d'oro*** (*a*).

Secondo il Diritto antico, tali disposizioni erano nulle (*b*). Ma per costituzione di Giustiniano hanno vigore, purchè non sia ordinato qualche cosa d'impossibile, o dalle leggi vietato (*c*).

TITOLO II.

Dell'acquisto dei legati, e dei suoi effetti.

§ 435.

Della delazione dei legati.

Se si tratta dell'acquisto di un legato, bisogna prima di tutto vedere quando esso devolvasi al legatario (*quando dies legati cedat*), cioè da qual momento questi abbia un diritto sopra il medesimo (*a*), cosicchè lo possa trasmettere ai suoi eredi (*b*).

I. Se il legato è incondizionato (*c*), o lasciato ad un dato scopo, o sotto una condizione resolutiva, o da un certo tempo, o fino ad un certo tempo, il legatario vi acquista un diritto immediatamente al momento della mor-

Neustetel nell'*Arch. della Prat. civ.* III, 1, p. 94 e Gluck XXXIII, p. 444 fino alla fine.

(*a*) fr. 1 § 1 D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.* — fr. 21 pr. D. XXXVI, 2 *Quando dies legat. ced.*

(*b*) c. 26 C. IV, 37 *De legat.*

(*c*) fr. 107 D. XXXV, 1. — fr. 6 pr. D. XXXVI, 2.

(*d*) fr. 72 § 2, fr. 73, fr. 77 § 2, fr. 106 D. XXXV, 1. — fr. 65 § 1 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* Un' eccezione si riscontra nel fr. 76 pr. § 1 D. XXXV, 1 confr. Wening III, 5 § 75, nota p.

(*e*) fr. 14 § 5 D. XXXVI, 2 *Quando dies legat.*

(*a*) § 29-31 *Inst.* II, 20 *De legat.*

(*b*) fr. 40 § ult. fr. 80 D. XXXV, 1 *De cond. et demonstr.*

(*c*) fr. 71 pr. D. eod.

(*a*) § ult. *Inst.* II, 20.

(*b*) XXXIV, 6 *De his, quae poenae causa relinq.*

(*c*) § ult. *Inst.* II, 20. - c. un. c. VI, 41 *De his, quae poenae nom.*

(*a*) fr. 213 pr. D. L, 16 *De verb. sign.*

(*b*) fr. 5 pr. D. XXXVI, 2 *Quando dies leg. ced.*

(*c*) Si risguarda come incondizionato quel legato che venne lasciato sotto una condizione sospensiva, se questa al tempo della morte del testatore si era già verificata.

te del testatore (*d*); tranne se il legato fosse tale che non potesse venir trasmesso agli eredi, come i legati della libertà e delle servitù personali, la di cui delazione succede al momento dell'adizione dell'eredità (*e*).

II. Se il legato fu lasciato sotto una condizione sospensiva, o con determinazione di tempo incerto, esso devolvesi soltanto all'evenienza della condizione, o del tempo fissato (*f*), purchè in giorno incerto non sia tale che debba necessariamente verificarsi in vita del legatario (*g*), ovvero se il medesimo secondo la volontà del testatore non si riferisca già all'obbligo, ma al pagamento, nel qual caso il legatario vi acquista un diritto subito dopo la morte del testatore (*h*) (confr. anche il § 429).

§ 436.
Del giorno di pagamento dei legati.

Il giorno del pagamento (*dies legati venit*) del legato è quello in cui questo si può ripetere, ed esso scade tostochè è venuto il giorno della delazione, e l'eredità fu adita. Formano un'eccezione i legati istituiti *ex die certo*, i quali si possono ripetere soltanto all'evenienza del giorno fissato (*a*).

Se fu lasciata qualche cosa in maniera che l'onerato possa darla quando vuole, allora si può ripeterla soltanto dopo la di lui morte (*b*).

(*d*) fr. 5 § 1 D. XXXVI, 2 — c. un. § 1, 5 C. VI, 51 *De caduc. toll.*
(*e*) fr. 2, 3, fr. 5 § 1 D. XXXVI, 2.
(*f*) fr. 5 § 2 D. eod. — c. un. § 7 C. VI, 51.
(*g*) fr. 79 pr. D. XXXV, 1 *De condit.*
(*h*) fr. 46, fr. 62 § 1 D. XXXVI, 1 *Ad senatusc. Trebell.* — fr. 62 § 1 D. XXXV; 2. — c. 5 C. VI, 53 *Quando dies legat. ced.* Quasi nello stesso modo la sente anche Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 3, p. 362.
(*a*) fr. 7 pr., fr. 21 D. XXXVI, 2. — fr. 32 pr. D. *De legat.* II.
(*b*) fr. 41 § 13 D. *De legat.* III.

§ 437.
Del passaggio della proprietà nel legatario.

Dal momento ch'è venuto il giorno della delazione, il legatario acquista *ipso jure*, e perfino senza sua consaputa, il diritto alla cosa legata, senza bisogno della minima azione da canto suo (*a*); anzi se fu legata una cosa propria del testatore, ne passa la proprietà nel legato fin dal momento dell'adizione dell'eredità; soltanto nel legato di un genere, di una quantità (*quantitatis*), o di una cosa altrui, è necessaria la tradizione per l'acquisto della proprietà (*b*).

§ 438.
Dell'accettazione e della rinunzia dei legati.

Quantunque un legato si acquisti *ipso jure*, resta tuttavia in arbitrio del legatario di accettarlo o di rinunziarvi, e dopo seguita la rinunzia il legato viene considerato come se non lo si fosse mai dovuto al legatario (*a*): tuttavia non vi si può rinunziare prima del giorno del pagamento (*b*).

Non si può neppure in parte accettarlo, ed in parte ripudiarlo (*c*); ma se il testatore lasciò due o più legati, il legatario può accettarne uno, e rinunziare all'altro; tranne se con uno fosse congiunto un peso, e coll'altro no; poichè se anche fu ripudiato quello, ed accettato questo, tuttavia il legatario non viene liberato dal peso (*d*).

(*a*) fr. 44 § 1, fr. 81 § 6, fr 86 § 2 D. *De legat.* I. — fr. 80 D. *De legat.* II, fr. 26 pr. D. XXXIII, 2 *De usu et usufr.* — c. 6 C. VI, 53 *Quando dies legat. ced.*
(*b*) fr. 80 D. *De legat.* II. — fr. 69, pr., fr. 86 § 2 D. *De legat.* I.
(*a*) fr. 38 § 1, fr. 44 § 1, fr. 86 § 2 D. *De leg.* I.
(*b*) fr. 45 § 1 D. *De legat.* II.
(*c*) fr. 38 pr. D. *De legat.* I. — fr. 4, fr. 58 D. *De legat.* II.
(*d*) fr. 5 pr. § 1, fr. 23 *De legat.* II. — fr. 10 D. XXXIII, 2 *De usu et usufr.*

§ 439.

Diritti del legatario. — I. Il diritto di ripetere la cosa legata con ogni suo accessorio.

Dopo l'evenienza del giorno del pagamento il legatario può pretendere la cosa légata con ogni sua pertinenza, nè l'erede può in regola costringere il legatario ad accettare invece della cosa legata in natura il suo prezzo di stima (*a*).

Colla cosa principale si devono consegnare anche tutti gli accessorii (*b*), come pure tutte le azioni, che dopo la delazione accessero al legato (*c*), e le servitù reali, che in virtù dell'adizione di eredità si estinsero mediante confusione (*d*).

I frutti e gl'interessi devonsi pagare soltanto dal momento della mora (*e*); da questo punto si devono restituire anche i frutti che si avrebbe potuto percepire e non furono percetti (*percipiendi*) (*f*).

Se un terzo ha l'usufrutto della cosa dovuta al legatario, deve l'erede liberarlo da questo peso; ma trattandosi di altre servitù, lo deve liberare soltanto se il testatore l'ordinò espressamente (*g*).

Oltre a ciò l'onerato è responsabile pel dolo e per ogni colpa (*h*), ma per la colpa lata soltanto quando egli stesso risenta un vantaggio dall'ultima volontà (*i*); pel caso fortuito egli non è responsabile, tranne se si trovasse in mora (*k*). Neppure dei difetti della cosa legata egli non risponde (*l*), come nemmeno della evizione (§ 489), la quale è dovuta soltanto nel *legatum generis* (§ 421), od in quello che fu lasciato ad una persona molto prossima del testatore (§ 420).

Nel resto, ad onta che l'onerato non sia, in regola, tenuto a pagar il prezzo della cosa legata quando non possa, senza sua colpa, consegnare la cosa in natura; tuttavia vi sono le seguenti eccezioni:

1. se fu legata una cosa altrui, ed il proprietario della medesima o non la vuole alienare in verun modo, o soltanto per un prezzo molto alto (*m*).

2. se la cosa legata non è in commercio pel legatario (*n*) o s'egli non la può possedere per un difetto corporale, o per qualche altra verosimile causa (*o*);

3. se fu annullato l'affare, mediante cui il testatore acquistò la proprietà della cosa legata (*p*), ovvero

4. se il creditore con pegno alienò il legato (*q*);

5. se l'erede non sapendo che una cosa fosse legata, la vendette (*r*).

Riguardo ai legati per oggetti pii è da badarsi che, se furono denegati o trattenuti, essi fino alla istituzione

(*a*) fr. 51, fr. 71 § 4 D. *de legat.* I. - fr. 11 § 17, 25 D. *de legat.* III.

(*b*) § 18, 19 *Inst.* II, 20 *De legat.* — fr. 21, fr. 24 § 2 D. *De legat.* I. — fr. 10 D. *De legat.* II. — fr. 16. fr. 91 § 5 e 6 D. *De legat.* III.

(*c*) fr. 15 pr. D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*d*) fr. 84 § 4, fr. 116 § 4 D. *De legat.* I.

(*e*) fr. 23 D. *De legat.* I. — fr. 39, fr. 43 § 2 D. *De legat.* II. — pr. fr. 18 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — c. 1, 4 C. VI, 47 *De usur. et fruct. legat.* La mora incomincia dal giorno della interpellazione (§ 471). Confr. i passi sopracitati e il fram. 89 XXII, 1 *De usur.* e Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 1, p. 88.

(*f*) fr. 39 § 1 D. *De legat.* I.

(*g*) fr. 69 § 3 D. *de legat.* I. — fr. 26, fr. 66 § 6 fr. 76 § 2 D. *De legat.* II.

(*h*) fr. 47 § 5 D. *De legat.* I.

(*i*) fr. 108 § 12 D. eod.

(*k*) § 16 *Inst.* II, 20 *De legat.* — fr. 26 § 1, fr. 47 § 6, fr. 48 § 1, fr. 108 § 11 D. *De legat.* I. — c. 3 C. VI, 47 *De usur. et fruct.*

(*l*) fr. 65 § 1 D. VII, 1 *De usufr.* — fr. 45 § 2, fr. 56, fr. 110 D. *De legat.* I.

(*m*) fr. 71 § 3 D *De legat.* I.

(*n*) fr. 40 D. eod.

(*o*) fr. 114 § 5 D. eod.

(*p*) fr. 78 § 1 D. *De legat.* II.

(*q*) c. 6 C. VI, 42 *De fideicomm.*

(*r*) fr. 63, fr. 89 § 7 *De legat.* II.

dell'azione si devono prestare doppiamente (*s*).

§ 440.

Mezzi legali del legatario.

Pel conseguimento dei legati vi sono le seguenti azioni:

I. L'azione vindicatoria della proprietà, se fu legata una cosa individualmente determinata, e propria del testatore; essa ha luogo contro ogni possessore dal momento dell'acquisto della proprietà (§ 437).

II. L'azione ipotecaria mediante l'ipoteca legale sulla porzione ereditaria pervenuta all'onerato (§ 247 IV).

III. Un'azione personale (*condictio*) contro l'erede (§ 589) od altro onerato per la prestazione del legato; la quale azione se viene diretta contro l'erede, si chiama *actio ex testamento* (*a*), ovvero *actio legati* (*b*), di cui la prima suppone un testamento, ma non così la seconda. L'avente diritto per altro non può istituir tutte queste azioni, ma soltanto una o l'altra a sua scelta (*c*): e se sono chiamati più di uno alla cosa stessa, non competono loro in *solidum*, ma soltanto in proporzione delle loro quote (*d*).

§ 441.

III. *Della cauzione che dovea prestar l'onerato.*

Secondo il Diritto antico, al quale era stato lasciato un legato sotto una condizione o destinazione di tempo, o al quale fosse stato addossato un processo per un legato puro, aveva il diritto di pretendere dall'onerato una cauzione ch'egli, all'evenienza della condizione, o del giorno, o dopo la definizione del processo, sarebbe stato per prestare il legato. Se veniva ricusata la cauzione, il pretore primieramente immetteva il legatario nei beni ereditarii pervenuti all'onerato; e se dopo di ciò la cauzione non veniva peranco prestata entro sei mesi, allora il legatario veniva immesso nei beni proprii dell'onerato (*a*).

Ma dal momento che i legatarii e fedecommessarii acquistarono il diritto di pegno legale, questa cauzione fu abolita come superflua (§ 254); e perciò non è d'uopo di fermarsi più a lungo a spiegarla (*b*).

§ 442.

IV. *Del diritto di accrescimento fra più legatarii.*

Il diritto di accrescimento fra collegatarii (*a*) si regolava una volta secondo la diversità delle formule, cosicchè nei legati per *damnationem* non avea minimamente luogo (*b*).

Ma secondo il Diritto nuovo, in cui non si ha più verun riguardo a queste formule, il diritto di accrescimento si fonda nella volontà presunta del testatore; cosicchè quelli, i quali furono chiamati a tutta una cosa, e non a certe parti della medesima, la ritengono tutta, se uno dei collegatarii viene a mancare prima di conseguir-

(*s*) § 19 e 26 *Inst.* IV, 6 *De action.* Intorno al luogo in cui devonsi pagare i legati, vedi il fr. 47 pr. D *De legat.* I.; e intorno al tempo, entro cui devon essere soddisfatti i legati pii, veggasi Marezoll nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* V, 1 p. 104.

(*a*) fr. 69 § 5 fr. 82 pr. *De legat.* I.— fr. 29 § 3 D. *De legat.* III.

(*b*) fr. 75 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.*

(*c*) fr. 84 § 13, fr. 85 D. *De legat.* I. — fr. 75 § 8 D. *de legat.* II.

(*d*) fr. 33. fr. 53 § 1 D. *de legat.* I.

(*a*) D. XXXVI, 3 *Ut legat. serv. causa caveatur.* — D. XXXVI, 4 *Ut in poss. legat. servand. causa esse liceat.* — C. VI, 54 *Ut in poss. legat. serv. caus. mitt.*

(*b*) Più diffusamente tratta Kaufmann questa questa materia § 215.

(*a*) Confronta le opere citate nella prima nota del § 492.

(*b*) Gaji II, § 265. Non hanno più alcun vigore le traccie del diritto antico, che si riscontrano ancora nel corpo delle leggi di Giustiniano, come p. e. i fr. 16 pr., fr. 34 § 9, fr. 84 § 8 D. *de legat.* I. — fr. 7 D. *de legat.* II. — fr. 38 § 2 D. *de legat.* III.

ne la sua porzione (*c*). Qui dunque si devono osservare le seguenti regole:

I. I collegatarii *re et verbis* e quelli *re conjuncti* godono del diritto di accrescimento (*d*), ma non mai quelli *verbis conjuncti* (*e*), tranne se concorrono con altri congiunti, ovvero *mixtim re*, nel qual caso si ritengono per congiunti fra di essi (*f*); e ciò vale anche allora quando il testatore lasciò ai legatarii porzioni determinate, ma incerte pel numero indeterminato dei legatarii (*g*).

II. I congiunti *mixtim* ovvero *verbis* nei due riferiti casi (nelle note) vengono preferiti a quelli congiunti *re*, se furono tutti chiamati alla stessa cosa (*h*).

III. Ai congiunti *mixtim* ovvero *verbis* la porzione vacante si accresce soltanto con loro consaputa, e col peso ch'era prima addossato al collegatario mancante; ai *re conjuncti* essa si accresce anche contro loro volontà, ma senza peso (*i*).

IV. Affinchè si possa far uso del diritto di accrescimento, si richiede che venga a mancare uno dei collegatarii prima di conseguire la sua porzione, e che l'altro, che ne vuol far uso, non abbia peranco perduta la propria porzione (*portio accrescit portioni*) (*k*), ad eccezione dell' usufrutto, in cui una porzione già acquistata (*l*), si accresce ad un altro persino nel caso che questi abbia già perduta la sua porzione, p. e. in conseguenza di prescrizione estintiva (*portio accrescit personae*) (*m*).

§ 443.
Diritti dell' onerato
I. *In generale.*

Il legatario deve rifondere all'onerato le spese necessarie, e le utili, che non appartengano alla conservazione ordinaria della cosa, in quanto non vengono compensate coi frutti goduti dall'onerato (§ 439); e questi al fine suenunciato si serve o del diritto di ritenzione, o della *condictio indebiti* (*a*) (§ 594). Inoltre, se la cosa legata era vincolata a servitù verso l'erede, il legatario deve soffrire una tal servitù ad onta che coll'adizione della eredità siasi estinta mediante confusione (*b*).

(*c*) fr. 3 pr. D. VII, 2 *de usufr. accresc.* — fr. 80 D. *de legat.* III. — c. un. § 11 C. VI, 51 *de caduc. toll.*

(*d*) § 8 *Inst.* II, 20 *de legat.* — fr. 1 pr. § 3 D. VII, 2 — fr. 3 § 1 D. VII, 4. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

(*e*) fr. 1 § 4, fr. 11 D. VII, 2. — fr. 80 D. *de legat.* III.

(*f*) fr. 41 D. *De legat* II. « *Maevio fundi partem dimidiam. Sejo partem dimidiam lego, eumdem fundum Titio lego. Si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit, quia quum separatim et partes fondi, et totus legatus sit necesse est, ut ea pars quae cessat, proportione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est accrescat.* »

(*g*) fr. 16 § 2 D. *De legat.* I. « *Si Titio et posthumis legatum sit, non nato postumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisse, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.* » I legatarii quindi, a cui vennero lasciate delle parti intellettuali o reali di una stessa cosa, non hanno il diritto di accrescimento, fr. 1 pr., fr. 11 D. VII, 2 *De usufr. accresc.*, e tanto meno poi sussiste un tal diritto, se vennero legate cose diverse a più persone in separato, fr, 84 § 12 D. *De legat.* I.

(*h*) fr. 1 § 2 D. VII, 2. — fr. 89 D. *De legat.* III

(*i*) c. un. § 11 C. VI, 51 *De caduc. toll.*

(*k*) fr. 34 § 13, fr. 85 D. *De legat.* I.

(*l*) fr. 1 § 3 D VII, 2 *De usufr. accresc.* « *Sed in usufructum hoc plus est, quia et constitutus, et postea amissus nihilominus jus accrescendi admittit. Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et, ut Celsus et Julianus eleganter ajunt, ususfructus quotidie constituitur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Quum primum itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum* ».

(*m*) fr. 10 D. VII, 2. — fr. 33 § 1 D. VII, 1. — fr. 14 § 1 D. XLIV, 1 *de except. rei jud.*

(*a*) fr. 58 61 D. *de legat.* I.

(*b*) fr. 18 D. VIII, 1 *de servit.* — fr. 70 § 1 fr. 116 § 4 D. *de legat.* I.

§ 444.

II. *Il diritto di sottrarre la quarta Falcidia* (*a*). *Idea di questa quarta.*

Una volta si poteva esaurire con legati tutta la propria facoltà, e all'erede null'altro lasciare che il nome vano di erede .... Perciò gli eredi istituiti ripudiavano la eredità, e la maggior parte moriva *ab intestato*. Per questo motivo la legge Furia (*b*) ordinò che, tranne a certe persone, a nessuno si potessero legare più di 1000 assi. Ma neppur questa legge ottenne il suo scopo. Poichè chi p. e. aveva una sostanza di 5000, poteva legare a cinque persone assegnando ad ognuna 1000, e così esaurire tutta la sua facoltà. Perciò in seguito venne ordinato colla legge Voconia (*c*), che nessuno, in virtù di un legato o di altri titoli singolari *mortis causa*, potesse acquistar di più che gli eredi. Sembrava che questa Legge dovesse apportare qualche vantaggio agli eredi; ma anche qui accadde lo stesso che nella Legge Furia; poichè se la facoltà veniva divisa fra molti legatarii, potea restar molto poco all'erede, il quale doveva quindi esitare di assumersi i pesi di tutta la eredità per un vantaggio spesso insignificante. Si emanò quindi la legge Falcidia, in virtù della quale soltanto tre quarti della facoltà possono venir impiegati in legati, cosicchè l'erede deve sempre acquistare almeno la quarta parte della eredità (*d*).

(*a*) *Inst.* II, 32 *de lege Falcid.* — D. XXXV, — C. VI, 50 *Ad leg. Falcid.*

(*b*) Schrader *Sulla Leg. Furia nel Magaz. civ.* di Hugo V, p. 162.

(*c*) Maur. Kind *de lege Voconia*, Lipsia 1820 — Savigny *Sulla legge Voconia degli atti dell'Accademia delle Scienze* in Berlino 1820. - Zimmern *Nelle Disquisizioni di Dir. rom.* di Neustetel e Zimmern. Heidelberga 1821 n. XIII. - Hasse nel *Mus. ren.* III, 2 p. 183.

(*d*) Gaji *Inst.* II, § 224-228. Confr anche pr. *Inst.* hujus tit.

Contro questa legge non valeva neppure alcuna disposizione del testatore (*e*). Da principio si applicava soltanto ai legati, poi anche ai fedecommessi, tanto universali quanto particolari (*f*), in seguito alle donazioni *mortis causa* (*g*), ed a quelle fra conjugi (*h*), e finalmente per ordine di Giustiniano ad ogni così detta *mortis causa capio* (*i*).

Ma questo imperatore tolse in seguito tutta la sua forza a questa legge, mentre egli accordò ai testatori di vietare la sottrazione della quarta (*k*).

§ 445.

Chi possa dedurre la quarta falcidia.

La quarta falcidia può essere dedotta:

I. non solo da chi è unico erede, ma ben anche dal coerede, che sia aggravato nella sua porzione; cosicchè ognuno di essi deve aver libera la quarta parte della propria quota ereditaria (*a*). La può inoltre dedurre chi fu sostituito volgarmente e pupillarmente (*b*), e l'erede intestato (*c*), ma non

(*e*) fr. 81 § 3 *de legat.* I. — fr. 15 § 1, 8, 1, 27 D. hujus tit c. 11 C. hujus tit. Non vi si oppone il fr. 64 D. XXXV, 2 hujus tit. Gl' imperatori istituiti eredi non deducevano ordinariamente la quarta, fr. 30 § 4, 5 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*f*) § 5 *Inst.* hujus tit.

(*g*) c. 5 C. hujus tit. — c. 2 C. VIII, 57 *de donat. causa mort.*

(*h*) fr. 32 § 1 D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.* — c. 12 C. hujus tit.

(*i*) c. 18 C. hujus tit.

(*k*) Mercè la Nov. 1, cap. 2 vennero derogate le leggi accennate nella quinta nota di questo §.

(*a*) fr. 77 C. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.* « *In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse, non dubitatur; et ideo si Titio et Sejo heredibus institutis, semis hereditatis Titii exhaustus, Sejo autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae* ».

(*b*) fr. 22 § 2, fr. 87 § 7 D. eod. Intorno varii casi secondarii, confr. Thibaut § 765.

(*c*) fr. 18 pr. D. eod.

mai il legatario o fedecommessario (*d*); tranne se l'erede stesso non avesse dedotta la quarta coll'intenzione di favorire così soltanto il primo legatario o fedecommessario (*e*): essi possono poi imputare in proporzione ciò che fu ad essi medesimi trattenuto (*f*).

II. Se viene a mancare qualcheduno dei coeredi, ed una quota ereditaria aggravata si accresce ad un'altra non aggravata, da quella si può dedurre la quarta; ma se invece una quota ereditaria non aggravata si accresce ad una aggravata, da questa non si può detrarre la quarta (*g*).

§ 446.
Modo di computare la quarta falcidia.

Nel calcolare la quarta falcidia si devono osservare le seguenti norme:

I. Vengono dedotti i debiti, e le spese dei funerali, nonchè quelle fatte per la eredità (p. e. in causa dell'inventario ec.), e poi il resto viene calcolato in maniera che un quarto ne resti all'erede, e tre quarti vengano scompartiti fra i legatarii in proporzione della parte che ad ognuno di essi è legata (*a*).

II. La facoltà, a cui si ha riflesso nel calcolo della falcidia, è quella esistente al momento della morte del testatore; cosicchè un aumento posteriore della facoltà giova all'erede, come gli pregiudica un posteriore decrescimento (*b*).

III. Nella quarta viene imputato all'erede soltanto ciò ch'egli acquista come erede (*c*), ed a ciò appartengono anche i legati invalidi, tanto se erano invalidi da bel principio, quanto se divennero tali in seguito (*d*): s'imputano inoltre i frutti che nel frattempo percepì l'erede dai legati condizionali, o decorribili da un certo giorno (*e*). Ma non viene in alcun modo conferito ciò che l'erede acquista come legatario, dal che segue nello stesso tempo che trattandosi di un prelegato, ne vien conferita nella quarta soltanto quella parte ch'egli acquista come erede (confr. § 410, n. 6) (*f*); finalmente non viene imputato neppur ciò che l'erede ricevè per l'adempimento di una condizione (*g*) o si procacciò col fatto proprio (*h*).

IV. Se fu lasciato un legato in favore di una comunità, si ritiene per legato un tal capitale, che gl'interessi del quattro per cento formino la somma annuale legata (*i*).

V. Se furono lasciati alimenti, legati annui, ovvero un usufrutto, la somma annua viene fissata dietro l'età

(*d*) fr. 47 § 1 D. eod.

(*e*) arg. fr. 1 § 19 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.*

(*f*) fr. 32 § 4 D. XXXV, 2 hujus tit. Contiene un caso di eccezione il fr. 21 § 1 D. XXXIII, 1 *de annuis legat.*

(*g*) fr. 78 D. XXXV, 2 Confr. Vogelhueber pag. 167-169. Consegue però dai principii generali, che possa aver luogo una diminuzione proporzionata, qualora all'erede aggravato, a fronte che avesse conseguito per accrescimento una porzione scevra dai pesi non rimanesse libera la quarta falcidia, confr. Kopatsch nella sua *Revisione del mio diritto ereditario*, Gior. di Wagner 1831, fasc. 10, p. 420.

(*a*) § 3 *Inst.* II, 22. — fr. 1 § 19, fr. 66 § 5, fr. 69, fr. 72 D. XXXV, 2. — c. 6 pr., c. 14 C. VI, 50. — c. 22 § 9 C. VI, 30 *de jure delib.*

(*b*) § 2 *Inst.* II, 22. — fr. 30 pr., fr. 73 pr. D. XXXV, 2. Conf. però il fr. 9, fr. 1 § 17, fr. 56 § 1 fr. 43 D. eod.

(*c*) fr. 74, fr. 76 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 11 pr., fr. 50, fr. 51 D. eod.

(*e*) fr. 45 pr., fr. 73 § 4 fr. 88 § 3 D. eod. — fr. 15 in fine D. XXXIII, 1 *de annuis legat.* Il fr. 30 pr. D. XXXV, 2 non vi si oppone, Lindelof nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 3, p. 454.

(*f*) fr. 91 C. eod.

(*g*) fr. 76 pr. Confr. fr. 30 § 7 D. eod.

(*h*) fr. 5 pr. et § 1 D. eod.

(*i*) fr. 3 § 2 D. eod. Se quindi il testatore avrà p. e. disposto a favore della comunità l'annuo legato di 100 fior., ritiensi ch'esso abbia legato il capitale di 2500 florini.

del legatario, e dietro la durata probabile del viver suo, colla sola differenza, che, trattandosi di alimenti e di legati annui, la somma ne vien fissata secondo la regola indicata qui sotto nella nota (*k*), e trattandosi dell'usufrutto, il calcolo si fa in maniera, che dall'uno fino ai trenta anni il tempo di vita probabile del legatario si ritiene di trenta anni, e cominciando dall'età di trenta anni si computa per la più probabile durata della vita il numero di altrettanti anni, quanti ne mancano ancora al sessagesimo (*l*).

Ma questo calcolo ha luogo soltanto nel caso che con un tal legato ne concorra un altro (*m*), ovvero se, ad onta che non abbia luogo un tale concorso, la prestazione già del primo anno aggravi la quarta falcidia; poichè in caso contrario le somme annue devono venir pagate per intiero, e soltanto all'evenienza dell'anno in cui succedesse di dover pagare più di quanto permette la legge Falcidia, vengono in proporzione retrograda diminuite le prestazioni già fatte di ogni singolo anno (*n*).

Ma se a tenore delle norme riferite il calcolo si debba eseguire subito, esso resta immutabile per modo, che anche nel caso in cui il legatario dovesse vivere più o meno di quello che viene presunto nel calcolo suesposto, non per questo non dovrebbe l'erede supplire in seguito con qualche prestazione, nè il legatario restituir cosa alcuna (*o*).

§ 447.

Mezzi legali pel conseguimento della quarta falcidia.

Per acquistare la quarta falcidia competono all'erede, secondo la diversità delle circostanze, diversi mezzi legali.

1. Se la cosa legata è ancora presso l'erede, questi ha il diritto di ritenzione (*a*), ovvero quando è dubbioso se l'erede sia aggravato oltre i tre quarti, può egli pretender sicurtà dal legatario ch'egli debba restituire quanto acquistò di più di quello che permette la legge falcidia (*b*).

2. Se l'erede per un errore di fatto pagò tutto intero il legato, esso può ripetere mediante la *condictio indebiti* quella parte ch'egli avrebbe potuto trattenersi (*c*).

3. Se il legatario, mediante giuramento volontario, o in qualche altro modo ingannevole, persuase l'erede, il quale non conosceva peranco lo stato dell'asse ereditario, che l'eredità sia più che sufficiente pel pagamento dei legati, e ottenne così l'intero suo legato; in tal caso hà luogo contro di lui l'*actio de dolo* (*d*).

(*k*) Secondo il fr. 68 D. eod.
da 1 fino a 20 anni si comput. gli alim. per anni 30
» 20 » 25 » 28
» 25 » 30 » 25
» 30 » 35 » 22
» 35 » 40 » 20
sulla qual base viene calcolata la quarta falcidia, e dai 40 fino ai 50 anni si computano tanti anni quanti ne mancano per arrivare ai 60, meno uno; dai 50 ai 55 si calcolano gli alimenti per 9 anni
» 55 ai 60 » 7 »
» 60 in poi » 5 »
Confr. anche il fr. 55 D. eod.

(*l*) fram. 68 in fine D. eod. Fritz nel *Magaz.* di Grolman e Löhr IV, 2 e 3 p. 317-319. Anche nelle Basiliche (1, p. 386) si fa lo stesso computo.

(*m*) fr. 55 D. eod. « *Cum Titio in* annos singulos *dena legata sunt, et judex legis Falidiae rationem inter heredem et* alios legatarios *habeat, viro quidem Titio tanti litem aestimare debet, quanti venire id legatum potest, in incerto posito, quamdiu victurus sit Titius.* »

(*n*) fr. 47 pr. D. eod.

(*o*) fr. 55 comb. col fr. 45 § 1 D. eod. Veggasi specialmente Fritz p. 320 fino al fine. Quest'autore fu il primo ad occuparsi di tale materia con maggiore accuratezza di quella usata finora dagli altri Scrittori, ed ha dimostrato che in sostanza tra il fr. 47 pr. fr. 55 e il fr. 68 pr. D. eod. non v'ha alcuna contraddizione.

(*a*) fr. 15 § 1 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.*

(*b*) fr. 1 pr. e § 11, fr. 3, fr. 5 D. XXXV, 3.

(*c*) c. 9 C. VI, 50.

(*d*) fr. 23 D. IV, 3 *De dolo malo.*

4. Se la cosa legata è già presso il legatario, senza che gli sia stata consegnata dall'erede, può questi rivendicare ciò che avrebbe potuto trattenersi, se la cosa è corporale (e); altrimenti si serve dell'*actio utilis in factum* (f) (confr. § 449).

§ 448.

Quando non si possa dedurre la quarta falcidia.

La quarta falcidia non può venir dedotta:

I. a motivo del privilegio impartito ad una persona o ad una cosa; come i legati istituiti in un testamento militare (a), e quelli destinati ad oggetti pii (b); inoltre il legato di suppellettili, che il testatore lasciò al proprietario del fondo in cui si ritrovano (c), e il legato di tutto ciò che il marito ha provveduto per motivo della moglie (d).

II. In forza della volontà del testatore, cioè se egli proibì di dedurre la quarta, ciocchè potea fare espressamente (e) od anche tacitamente, mediante il comando di non alienare le cose legate (f).

III. Per un'azione od immission dell'erede, s'egli trascurò la confezione dell'inventario (g), o cagionò dolosamente il deperimento del legato (h); s'egli rinunziò espressamente o tacitamente al suo diritto (i), la qual ultima rinunzia ha luogo se egli sapeva di poter dedurre la quarta, e tuttavia soddisfece l'intero legato, ovvero se lo pagò per intiero per ignoranza di diritto (k).

IV. Per la natura stessa del legato; ciocchè si verifica nel legato della libertà (l) e di ciò che uno è debitore (m), nel legato tendente a reintegrare la legittima (n), o che vien dato per l'adempimento di una condizione, o che

(e) fr. 25 pr. D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.*
(f) fr. 77 § 2 D. *De legat.* II.
(a) c. 7 C. VI, 50.
(b) Ma ciò ha luogo allora soltanto che l'erede sia in mora nel soddisfare i legati, ovvero vi si rifiuti sotto colore che la eredità non basti, Nov. 131, cap. 12 et Auth. *Similiter ad* c. 2 C. VI, 50. — Marezoll sostiene nel *Giorn. di Dir. e Proc. c.* V, 1, p. 87-97 che in genere trattandosi di legati pii, a mente della Nov. 131, c. 12, non sia permesso detrarre la quarta falcidia. Noi per altro a fronte della ingegnosa argomentazione del Marezoll, siamo di avviso che tutto il contenuto del surriferito capitolo serva ad appoggiare la nostra opinione. Ammesso in fatti che fosse giusta la opinione di Marezoll, il Legislatore si sarebbe potuto esprimere con assai maggiore naturalezza dicendo: ***si substantia testatoris non sufficit ad implenda pia legata.*** A quale oggetto una circontocuzione così poco naturale? Come avrebbe potuto lo Imperatore esprimersi in quel modo, se fosse tutt'uno che l'erede, a cui vennero imposti dei pesi, si mostri pronto o no a soddisfarli, e la quarta falcidia non potesse venir mai dedotta? Il primo periodo esprime senza dubbio una condizione, sotto la quale debba avere il suo effetto la disposizione contenuta nel susseguente periodo; nè si può dire che il legato non sia stato soddisfatto finchè non sia ancora trascorso il termine legale, entro cui deve il medesimo venir pagato. Nel seguito della c. 12 viene fissato il termine, nel quale si devono soddisfare i legati pii, e si accennano oltracciò le conseguenze pregiudichevoli della mora riguardo ai frutti ed agl'interessi. Se qui invece che « *si autem distulerint* » fosse scritto « *si autem non impleverint hujusmodi legatum,* » nessuno dubiterebbe che si trattasse di mora: ora, per quale ragione queste sue parole dovranno avere un senso diverso al principio del c. 12?

(c) c. 15 C. VI, 50.
(d) fr. 81 § 2 D. XXXV, 2.
(e) Nov. 1, cap. 2 § 2 et Auth. *Sed cum testator.* ad c. 7 C. VI, 50 Che questa novella comprenda anco il caso che taluno sia tenuto a restituire ad un altro la intera eredità, sembra lo abbia chiaramente dimostrato Marezoll nel *Magazz.* IV, 3, p. 354. Di altro avviso è Mackeldey § 720, c.
(f) Nov. 119, c. 11.
(g) c. 22 § 14 C, VI. 30. — Nov. 1, cap. 2, § 2.
(h) fr. 59 pr. D. XXXV, 2. Confr. anche il fr. 24 pr. col fr. 68 § 1 D. eod.
(i) fr. 71 D eod. — c. 19 C. VI, 50.
(k) c. 9 C. eod. — Nov. 1, cap. 3.
(l) fr. 33-35, fr. 36 § 3 D. XXXV, 2.
(m) fr. 28 § 1 D. *De legat.* I. — fr. 81 § 1 D. XXXV, 2. Se però il legato sia utile in quanto il pagamento viene anticipato, avrà luogo la legge Falcidia riguardo al vantaggio che ne deriva, fr. 1 § 10 D. XXXV, 2. Confr. anche il fr. 1 § 12 D. XXXIII, 4 *De dote praelegata.*
(n) c. 36 pr. C. III, 28 *De inoff. test.*

finalmente dee venir prestato dall'erede per castigo (*o*).

§ 449.

Interdictum quod legatorum (*a*).

Dell'Interdetto *quod legatorum* si serve l'erede contro il legatario, che prese arbitrariamente in possesso le cose legate (*b*). Esso tende alla restituzione del possesso, e prestazione dell'*id quod interest* (*c*). Questo interdetto perciò è diretto all'acquisto del possesso, che ancora non si aveva (*d*).

TITOLO III.

Delle cause per cui i legati sono invalidi da bel principio, e lo diventano in seguito.

§ 450.

Legati invalidi fin da principio.

I legati sono invalidi da bel principio (*legata pro non scriptis habita*) nei casi seguenti:

I. Se il legatario era incapace di ereditare fin dal momento che fu istituito il legato (§ 418).

II. Se lo stesso non era più in vita al momento che gli fu destinato il legato (*a*).

III. Se la disposizione del testatore era invalida fin dalla sua origine (confr. § 333, 406, 407).

IV. Se il testatore fu indotto con dolo, timore, violenza od errore ad ordinare il legato (§ 87-89).

V. Se il legato fu rimesso direttamente all'arbitrio dell'erede, ovvero di un terzo (§ 431); ovvero se non può essere in verun modo compreso (§ 97 IV).

VI. Se al legato fu apposta una tal condizione, che ne tolga l'effetto (§ 432, 348 e 324).

VII. Se l'oggetto del legato è tale, che o per legge o per la natura stessa della cosa non si potesse legare (§ 419, 420 II, 2, 3, § 423, 425). Confr. ancora § 322.

§ 451.

Rivocazione del legato (*a*).

Se il testatore dichiara la sua volontà di rivocare il legato, ciò si chiama *ademptio legati*. La rivocazione si può fare espressamente ovvero tacitamente; espressamente in un testamento, codicillo (*b*), ovvero in un'altra semplice dichiarazione di volontà; se si fa vocalmente, vi si devono far intervenire due testimonii a motivo della prova (*c*). Soltanto è da osservare che una rivocazione generale dei legati non si estende a quello degli alimenti (*d*).

Tacitamente si revoca il legato, se vien rivocata dal testatore la disposizione, in cui era ordinato (§ 334, n. 2 e § 406); se egli cancella il legato (*e*), distrugge la cosa legata, o la trasforma in modo che non possa più essere ripristinata nella forma di prima (*f*); s'egli l'aliena senza bisogno (*g*), o trattandosi del *legatum nominis o libe-*

(*o*) fr. 1 § 8, fr. 40 § 1, fr. 76 pr. D. XXXV, 2.

(*a*) D. XLVIII, 3. — C. VIII, 3.

(*b*) fr. 1 § 2, 11, 14 D. eod.

(*c*) fr. 1 § 2, fr. 2 § 2 D. eod.

(*d*) fr. 1 § 1 D. eod. Confr. intorno a questo interdetto Wening III, 3, § 229.

(*a*) fr. 4 pr. D. XXXIV, 8 *De his, quae pro non script. habentur.*

(*a*) Inst. II, 21 *De ademptione et translatione legatorum*—D. XXXIV, 4 *De adimendis vel transferend. legat. vel fideicomm.*

(*b*) pr. Inst. II, 21.

(*c*) fr. 3 § 11 D. XXXIV, 4. — c. 22 C. VI, 42 *De fideicomm.*

(*d*) fr. 18 § 3 D. XXXIV, 1 *De alimentis*. Se taluno abbia separatamente legato qualche cosa a due persone, e per una di queste avesse revocato il legato, senzachè apparisse con sicurezza per quale; sarebbe assai disputabile, se tutti e due i legatarii possono pretendere il legato, ovvero se nessuno di essi lo possa esigere. Confr. *nell' Arch. della Prat. c.* I, 3, p. 457 e 466, II, 1, p. 83 e IX, 3, p. 377.

(*e*) fr. 16 D. XXXIV, 4.

(*f*) fr. 88 D. *De legat.* III.

(*g*) § 12 Inst. II, 20 *De legat.* — fr. 11 § 12 D. *De legat.* III. — fr. 16 D. XXXIV, 4.

rationis, s'egli esige il credito (*h*) (§ 424 in fine, ma confr. § 423 nota *c*).

Talvolta viene inoltre presunto per legge che il testatore abbia tolto al legatario il legato, come se insorse fra ambedue una assai grave inimicizia, e non seguì poi alcuna riconciliazione (*i*); o se il testatore in una parte susseguente del testamento dichiarò per ingrato (*k*), o per un uomo assai bravo (*l*), quello stesso, a cui egli avea prima istituito un legato, ovvero se il legatario ingiuriò pubblicamente il testatore (*m*).

§ 452.
Traslazione dei legati.

Si chiama trasferire in generale un legato (*translatio legati*) se viene circa lo stesso mutato qualche cosa. Questa traslazione si può fare in quattro maniere, o da un legatario ad un altro, o da un onerato ad un altro; inoltre se invece di una cosa legata ne vien data un'altra come p. e. in luogo di un fondo si danno dieci zecchini; o se il legato puro viene trasmutato in un legato condizionato, o viceversa (*a*).

Ma se la traslazione inchiuda la rivocazione ed istituzione di un nuovo legato, allora sono necessarii tutti i requisiti voluti per istituire un legato; poichè altrimenti è bensì efficace la rivocazione, ma non la trasmissione, e perciò il legato non ha vigore (*b*) (*legatum recte quidem ademtum est, sed non recte translatum*).

Del resto, se viene trasmesso ad un altro un legato condizionato, resta ferma la condizione, purchè non fosse limitata alla persona anteriore (*c*).

§ 453.
Estinzione del legato.
I. *per caso.*

Se il legato perde la sua validità senza volontà del testatore si chiama estinto (*extinctum*), e ciò succede:

I. Se il testamento vien rescisso da un postumo (§ 334, n. 1), o diventa nullo nei modi spiegati nei §§ 335 e 336.

II. Se il testamento viene impugnato da fratelli o sorelle colla querela d'inofficiosità (§ 387).

III. Se il legatario muore dopo la istituzione del legato, ma prima della sua delazione (§ 435).

IV. S'egli al momento di questa delazione, o cominciando da questa fino al tempo dell'accettazione, era in qualche momento incapace di ereditare (§ 418 II).

V. Se cessa la condizione sospensiva sotto la quale fu ordinato il legato. S'intende già per legge la condizione che non venga esaurita dai debiti tutta la facoltà (*a*), tranne se l'erede avesse trascurato il beneficio dell'inventario (§§ 361 e 364).

VI. Se la cosa legata è deperita senza colpa dell'onerato (§ 421 I).

§ 454.
II. *Per fatto del legatario.*

Il legato si estingue per fatto del legatario:

I. se il legatario lo ripudia, o avea già acquistata la cosa legata a titolo lucrativo al tempo della morte del testatore (*a*).

(*h*) § 21 *Inst.* II, 20 *De legat.* — fr. 11 § 13 D. *de legat.* III.
(*i*) fr. 3 § 11, fr. 4, fr. 22 D. XXXIV, 4.
(*k*) fr. 29 D. eod.
(*l*) fr. 13 D. eod.
(*m*) fr. 9 § 1 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign. auf.*
(*a*) fr. 6 pr. D. XXXIV, 4 *de adim. vel transf. legat.* — § 1 *Inst.* II, 21.
(*b*) fr. 20 D. XXXIV, 4 - fr. 32 pr D. *de legat.* I.

(*c*) fr. 24 pr. D. XXXIV, 4.
(*a*) c. 15 C. VI, 37 *de legat.* — c. 22 § 3 C. VI, 30 *de jure delib.*
(*a*) § 6 *Inst.* II, 20. — fr. 34 § 2, fr. 82 D. *de legat.* I.

II. Se il legato vien tolto al legatario come indegno, e per costituirlo tale si richieggono specialmente quelle azioni che abbiamo già riferite altrove. Confr. § 399, n. 1, 2, 6-10 e § 400, n. 1, 4.

§ 455.

A chi si devolvano i legati invalidi nella loro origine, quelli estinti, e i legati rivocati.

I legati indicati ai § 450 I, II, IV, VI e § 453 III, V cedono primamente al sostituto (*a*), od al collegatario in virtù del diritto di accrescimento, secondo le norme esposte al § 442, o restano all'erede (*b*).

I così detti *legata ereptitia* si devolvono in regola al fisco; tuttavia si danno delle eccezioni. Così restano nell'eredità le cose legate, trafugate dal legatario (*c*); ed il legato istituito perchè taluno assuma una tutela, tocca al pupillo, se vien ripudiato (*d*).

Gli altri legati invalidi od estinti o non hanno alcun vigore, o restano all'erede (*e*).

Resta ancora a discutere, se i pesi ch'erano congiunti con un legato, sieno anch'essi senza effetto e cessino col legato, o no. Circa ciò si devono osservare le seguenti norme:

1. I pesi passano al sostituto quando non si possa provare la contraria volontà del testatore (confr. § 452 in fine).

2. Se il legato si accresce ad un *re* congiunto, questo accrescimento ha luogo senza peso: ma un congiunto *mixtim* ovvero *verbis* deve assumere anche il peso (§ 442 III).

Se il legato resta all'erede gravato, non è questo tenuto a portare il peso annessovi, se il legato era invalido fin da principio: se poi si estingue soltanto in seguito un legato valido in origine, allora, di regola, si deve assumere anche il peso che vi è unito (*f*).

(*a*) fr. 50 pr. D. *de legat.* II. - c. un. § 7 C. VI, 51 *de caduc. toll.*

(*b*) fr. 17 pr. D. *de legat.* II. — c. un. § 3, 4, 7, 8 C. VI, 51.

(*c*) c. 5 C. VI, 37 *de legat.*

(*d*) fr. 5 § 2 D. XXXIV, 9 *de his, quae ut indign.*

(*e*) Kaufmann § 222.

(*f*) c. un. § 3, 4 C. VI, 51 *de caduch. toll.* e Francke *Commenti su diverse materie di diritto*, Gottinga 1828, pag. 121-133. — Nella c. 3 C. cit. leggiamo: « *nullo gravamine* (*nisi* perraro) *in hoc pro* non scripto *supervenientem* » La parola *perraro* può trovar la sua spiegazione nelle Pandette, dove vi sono due passi, pei quali si deve soddisfare il peso imposto con un legato ab origine nullo, e quei passi sono fr. 5 D. XXXIV, 8 *de his, quae pro non scriptis* « *Quod quis sibi abscripserit, si alii restituere a testatore jussus est,* cum onere *fideicommissi id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset* » (Confr. § 322) e il fr. 26 § 6 D. XL, 5 *de fideicomm. libert.*

LIBRO QUARTO

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI. (*a*)

CAPO I.

INTRODUZIONE.

§ 456.

Definizione dell'obbligazione (*b*).

Per obbligazione (*obligatio*) s'intende quel vincolo legale, per cui taluno, è tenuto verso un altro ad una prestazione qualunque, sia che la medesima consista in dare o fare, oppure in soffrire o tralasciare qualche cosa (*c*). Chi è tenuto alla prestazione è detto debitore (*debitor*) in senso lato (*d*), e quello che ha diritto alla stessa, si chiama creditore (*creditor*) (*e*).

Obbligazione adunque è propriamente quel vincolo legale, che passa fra il creditore ed il debitore (*f*). Ma questa parola viene talvolta adoprata anche per dinotare il diritto del creditore (*g*), l'obbligo del debitore (*h*), e perfino il fondamento del reciproco vincolo giuridico; per il che vengono chiamate obbligazioni anche i contratti (*i*).

In un senso ancora più lato questo vocabolo finalmente indica ora l'oppignorazione di una cosa (*k*), ora il di-

(*a*) Vedi Carlo Bucher *Diritto delle obbligazioni*, Lipsia 1815 seconda edizione 1830 e la critica di quest'opera negli *Annali* di Schunck XVI 3 p. 229-259. - E. Gans *Diritto romano delle obbligazioni ed in particolare della teoria dei contratti innominati e del jus poenitendi*, Heidelberga 1819. Veggasi pure la critica di quest'opera negli *Annali* di Heidelberga 1821 p. 41-74. — G. Kaufmann *Delle obbligazioni e dei contratti*, Vienna e Trieste 1820, a cui in massima parte noi ci atteniamo. Confr. anche la critica ragionata di questo trattato, e degli altri posteriori del Kaufmann, fatta dal dottore G. Radda nel *Giorn.* di Wagner, Vienna 1826, terzo tomo p. 85-103.

(*b*) *Inst*. III, 12 (13) *De obligat.* — D. XLIV, 7 e C. IV, 10 *de obligat. et act.* Confr. il § 102 di quest'ultima.

(*c*) pr. *Inst*. III, 12 (13). - fr. 3 pr. D. XLIV, 7.

(*d*) fr. 13 § 15, fr. 14, fr. 15 D. V, 3 *de hered. pet.* — fr. 66 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*e*) fr. 10, fr. 11, fr. 12 pr. D. L, 16 *de verb. sign.* Talvolta si considera tutto il popolo come creditore. Confr. D. XLVII, 23 *de popul. act.*

(*f*) § 1 *Inst*. III, 16 (17) *de duobus reis stipul. et promitt.* — § 4 *Inst*. III, 19 (20) *de inutil. stip.* fr. 2 § 8 D, XVIII, 4 *de hered. vel. action. vend.* - fr. 7 D. XXXIII, 1 *de annuis legat. et fideicomm.* — fr. 10 § 22 D. XLII, 8 *Quae in fraud. cred. facta sunt.* — fr. 30 D. XLIV, 7 *de obligat. et act.* — fr. 34 § 6 D. XLVI. 3 *de solut.* — c. 23, C. II, 3 *de pact.* Vedi il *Magaz. c.* di Ugo I, n. 9, III, n. 20, V, n. 3.

(*g*) fr. 9 § 3 D. XII, 2 *de jurejur.* fr. 21 D. L, 16. — c. 30 C. IV, 65 *de locat.*

(*h*) fr. 36 D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 21 pr. D. XLVI, 1 *de fidejuss.*

(*i*) fr. 19 D. L, 16 *de verb. signif.* — fr. 1 § 3 D. II, 14 *de pactis.* — fr. 20 D. V, 1 *de judiciis et ubi quisque.*

(*k*) fr. 4 D. XX, 3 *Quae res pign.*

ritto di pegno (*l*), ed ora il documento che serve a provare ch'esiste una obbligazione (*m*).

§ 457.
Divisione delle obbligazioni in naturali, civili, e miste.

Avuto riguardo, parte alla loro origine legale, e parte ai loro effetti, vengono le obbligazioni divise:

I. in naturali (*naturales*), civili, (*civiles*) e miste (*mixtae*). Obbligazione naturale è quella ch'è fondata nel Diritto delle Genti (*jus gentium*) (*a*).

Di regola, la natura di questa obbligazione consiste in ciò che la legge non accorda alcuna azione per esigerne l'adempimento, il quale perciò dipende dalla onestà e delicatezza del promittente, senza per altro che questo possa più ripetere ciò che fu da lui già pagato. L'obbligazione naturale non produce adunque, secondo il Diritto civile, alcuna azione; ma competono al creditore tutti gli altri diritti fondati nella legge, come sono l'eccezione, la compensazione (§ 653), la novazione (§ 633), l'accettazione di una fidejussione (§ 618-619), ed egli può trattenersi ciò che il debitore avesse pagato per errore (*b*).

Ma quella regola ha le seguenti eccezioni:

1. Un'obbligazione naturale fonda talora un'azione, comunque limitata dal Diritto civile (*c*);

2. vi sono delle obbligazioni naturali, che in base al Diritto pretorio producono un'azione (§ 565 e 566);

3. altre finalmente sono dal Diritto civile riprovate per modo, ch'esse non hanno il minimo effetto legale, ed anzi si può ripetere ciò che si è pagato in causa di esse; e queste si chiamano *obligationes naturales reprobatae*. Secondo il modo di parlare dei Romani, in questo caso non aveva luogo obbligazione di sorta, neppure naturale (*d*).

Obbligazione civile si chiama quella che deriva dal Diritto civile, e perciò produce sempre un'azione.

1. Alcune di queste si fondano già nel Diritto delle Genti, e dal Diritto civile furono soltanto confermate (queste si sogliono chiamare *obligationes mixtae*), ed hanno perciò pieno effetto legale: ad esse appartengono nel Diritto antico le obbligazioni derivanti dai contratti reali e consensuali (§ 503), e nel Diritto nuovo quelle che si fondano sopra un fatto legittimo (§ 545-564) (*e*).

2. Altre si basano soltanto nel Diritto civile (*f*), ed a queste producono tutti gli effetti legali (*obl. efficaces*), (*g*),

(*l*) fr. 11 § 6 D. XIII, 7 *de pign. act.* — c. 4 C. VIII, 17 *Quae res pign.* — c. un. C. VIII, 21 *Si comm. res pign. data sit.* — c. 6 C. VIII, 26 *de remissione pign.*

(*m*) c. 7 C IV, 30 *de non num. pecun.*

(*a*) fr. 84 § 1 D. L, 17 *de reg. jur.* — Ad. Dietr. Weber *Esposizione sistematica dell'obbligazione naturale e de' suoi effetti giuridici*, ediz. quarta, Schwerin e Wismar 1805 — C. F. Reimbardt *Teoria del Diritto rom. nelle obbligazioni in generale, e in particolare sulle obbligazioni naturali*, Stoccarda 1827. Confr. anche Mackeldey ediz. VII, § 332.

(*b*) fr. 7 § 4, 5 D. II, 14 *de pactis.* — fr. 19 pr. D. XII, 6 *de cond. indeb.* — fr. 9 § 4, 5, fr. 10 D. XIV, 6 *Ad senatuscons. Maced.*

(*c*) p. e. pel beneficio del mantenimento necessario concesso al debitore (§ 647) Confronta anche il fr. 16 § 4 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — fr. 5 pr. D. XXVI, 8 *de auct. et consil. tut.*

(*d*) p. e. le obbligazioni nascenti dalla fidejussione di una femmina. fr. 16 § 1 D. XVI, 1 *Ad senatuscons. Vellej.*; dalla transazione corsa senza il permesso del Giudice sull'obbligo di portare gli alimenti in futuro, fr. 8 pr. D. II, 15 *de transact.*; da un giuoco vietato, c. 3 C. III, 33 *de aleator.*; dal patto commissorio aggiunto al pegno, c. 3 C. VIII, 35 e simili.

(*e*) Talvolta avviene che un'obbligazione mista per qualche speciale motivo perda qualsiasi efficacia giuridica, p. e. nel caso d'illecito impiego della forza privata (§ 107).

(*f*) pr. § 1 *Inst.* III § 12, (13) *de oblig.*

(*g*) Tali sarebbero p. e. l'obbligazione del ladro di esborsare il doppio o quadruplo valore

o all'azione che ne deriva può venir opposta un'eccezione pretoria o perpetua, cosicchè esse non hanno alcun effetto legale (*obl. inefficaces*) (*h*).

II. Rispetto alla loro origine di fatto, le obbligazioni nascono da un contratto, o da un delitto, e da altri fondamenti legali (*i*).

§ 458.

Divisione delle obbligazioni in semplici, copulative ed alternative.

Per ciò che risguarda il loro oggetto, le obbligazioni sono:

III. *semplici, copulative* od *alternative*, secondo che si deve dare una cosa sola, ovvero più cose insieme, o finalmente soltanto l'una o l'altra fra esse; nel qual ultimo caso la scelta compete al debitore, se non fu pattuito diversamente (*a*). Confr. per altro il § 421, *d*

§ 459.

Delle obbligazioni correali.

IV. Rispetto alla persona, a cui l'obbligazione si riferisce, questa o è tale che vi figura un solo debitore ed un solo creditore, ovvero tale che vi sono in essa più creditori e debitori da ambe le parti, o almeno più creditori in confronto di un solo debitore, o un solo creditore in confronto di più debitori.

Se vi sono più debitori, ognuno di essi, di regola, è obbligato in ragione della sua quota (*pro rata*), e se vi sono più creditori, ognuno può ripetere soltanto la sua relativa porzione (*a*).

Ma talvolta un'obbligazione si riferisce a più persone in guisa, che ognuna di esse può ripetere (*b*); ovvero deve prestare l'intiero pagamento, il che può avverarsi in due modi: poichè o si può ripetere la totalità da qualsiasi debitore in guisa che, quand'anche un debitore abbia pagato il tutto, non per questo ne restino liberati anche gli altri, e se uno fra più creditori abbia ottenuto l'intiero, gli altri possano tuttavia esigere parimenti il tutto, locchè succede di rado, ed ordinariamente solo nel caso che si tratti di una pena privata (*c*); oppure si può esigere il tutto soltanto in guisa che se uno dei debitori pagò per intiero, gli altri ne restino liberati, e se uno fra più creditori acquistò l'intiero, gli altri non possano più pretendere nulla.

Quest'ultima maniera sopra tutto è quella che si conosce sotto il nome di obbligazione correale (*obligatio cor-*

della cosa rubata (§ 576) e quella del depositario di pagare il doppio del *deposito miserabile* nel caso di fraudolente negativa (§ 507).

(*h*) § 4 *Inst.* IV, 13 *de except.* « *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita ad impugnandam actionem*. Confr. anche il § 2-5 *Inst.* eod. — Gaji IV, 116 e 117. — fr. 66, 112 D. L, 17 *de regul. jur.*

(*i*) fr. 1 pr. D. XLIV, 7.

(*a*) fr. 34 § 6 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 10 § 6 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 138 § 1 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*a*) fr. 11 § 1, 2 D. XLV, 2 *de duob. reis.* — c. 5 C. IV, 2 *Si certum petat.* — fram. 40 § 2, 3 D. XXXIX, 2 *de damno infecto.* Confr. G. Rubo *Sulla divisibilità ed indivisibilità delle obbligazioni secondo il Diritto romano*, Berlino 1822. — G. F. Ribbentrop nella sua opera *Sulla teoria delle obbligazioni correali*, Gottinga 1831, espone idee e principii nuovi e ben fondati intorno alle obbligazioni correali e alla loro differenza dalle solidarie. Schröter nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* VI, 3, p. 410-415. sviluppa in un succinto prospetto i risultati del Ribbentrop.

(*b*) Chiamasi il tutto o l'intiero (*solidum*) tuttociò che forma parte della obbligazione. Confr. il *Magaz. c.* IV, n. 11, p. 250.

(*c*) p. c. fr. 11 § 2 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 55 § 1 D. XXVI, 7 *de administr. tut.* — fr. 34 § 2 D. XLVII, 10 *de injur.* - c. 1 C. IV, 8 *de condict. furt.* — tit. *Inst.* IV, 2 *de vi bon. rapt.* — c. un. § 11 C. VI, 51 *de caduc. tollend*

realis) (*d*), la cui natura dunque consiste in ciò, che vi è soltanto una obbligazione *comune*, e che ogni consorte, del resto, ha diritto di avere o l'obbligo di dare l'intiero oggetto della medesima (*e*).

Siccome però l'unità della obbligazione si limita all'oggetto della stessa, così ogni singolo partecipante può stare inoltre con essa in particolari subbiettivi rapporti (*ee*). Più creditori correali vengono nei fonti chiamati *rei stipulandi* (*f*), ed oggigiorno si chiamano per ordinario *correi credendi*; più debitori correali nel Diritto romano sono detti *rei promittendi* (*g*), ed i moderni li chiamano *correi debendi*: la obbligazione poi, se vi sono più creditori, è detta *attiva*, e *passiva* se vi sono più debitori (*h*).

Gli effetti di una tale obbligazione correale sono i seguenti:

1. Ogni creditore può ripetere il tutto, disporne altrimenti, p. e. mediante compensazione, o novazione, o mediante la così detta *acceptilatio*, e non è tenuto a dividere cogli altri il pagamento che avesse ricevuto, poichè esso non avrebbe acquistato che quanto gli competeva, tranne se ciò fosse stato appositamente pattuito, o se fossero fra loro in rapporto di società (*i*). In egual modo ogni debitore può venir impetito per l'intiero debito e può fare una novazione, compensazione ec.; ma se un debitore per altro abbia fatto l'intiero saldo, esso non può ripetere dagli altri che lo rimborsino in proporzione delle loro quote, poichè egli non ha che pagato ciò che doveva pagare, a meno che non fosse stato pattuito altrimenti o i debitori non fossero socii (*k*), od a meno che non avessero pagato in base ad un mandato, o ad una intercessione, ovvero il pagatore non si fosse fatto cedere le azioni dal creditore (*l*).

2. Tutti i fatti che risguardano la sussistenza obbiettiva della obbligazione hanno il loro effetto per tutti i creditori o debitori correali, sebbene partissero da un solo degl' interessati. Perciò tutti i fatti che tolgono l'esistenza *obbiettiva* della obbligazione, p. e. il pagamento, la compensazione la novazione ec., quantunque succedano nella persona di un solo interessato, distruggono la obbligazione, per tutti: e quantunque, secondo il Diritto nuovo (*m*), il creditore possa

(*d*) *Inst.* III, 16 (17) *de duobus reis stipulandi et promittendi.* - D. XLV, 2 *de duobus reis const.* — C. VIII, 40 *De duobus reis stipul. et promitt.*

(*e*) § 1 *Inst.* hujus tit. — fr. 2, fram. 3 § 1 D. hujus tit.

(*ee*) fr. 7, fr. 9 § 2 D. XLV, 2 cit. Il fr. 7 è concepito in questi termini: « *Ex duobus reis promittendi alius in diem, vel sub conditione obligari potest; nec enim impedimento est dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.* »

(*f*) fr. 1 D. hujus tit.

(*g*) fr. 1 D. hujus tit. — fr. 3 § 3 D. XXXIV, 3.

(*h*) Mackeldey § 330 nota c.

(*i*) fr. 62 pr. D. XXXV, 1 *Ad leg. Falc.*

(*k*) fr. 62 pr. D eod.

(*l*) fr. 47 D XIX, 2 *Locati.* — fr. 39 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — c. 11 C. VIII, 41 *de fidejuss.* La maggior parte dei Giureconsulti concede per equità al debitore che ha saldato l'intiero debito, l'azione *negotiorum gestorum* in confronto degli altri debitori, fr. 3 § 10, fr. 39, fr. 43 D. III, 5 *de negot. gest.* — c. 3 C. II, 19 *de negot. gest.* Ultimamente si sforzò anche G. Sell nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* III, 3, p. 370 e IV, 1, p. 17, di sostenere quest'ultima opinione. Veggasi però all'incontro Schröter nel *Giornale* stesso VI, 3, p. 418 e seg. Solamente in questo è forza convenire nella opinione di Sell; che cioè al debitor solidale che abbia pagato, si aspetti la indennizzazione a misura del vantaggio che in causa del debito contratto *correaliter* da più ne ridondò agli altri: come sarebbe nel caso che, essendosi due costituiti debitori correali per un mutuo di 1000 fior., ciascuno di essi avesse percepito la somma di fior. 500 ed uno solo avesse poscia verificato l'intiero pagamento, c. 2 C. VIII, 40 *de duobus reis.* Schröter p. 425.

(*m*) Secondo il Diritto antico, in forza della contestazione della lite del creditore verso uno dei debitori restavano gli altri liberati, e gli altri creditori perdevano la loro azione per la contestazione di lite di uno d'essi in confronto d'un debitore correale. Ribbentrop p. 1-40.

rivolgersi contro quello dei debitori correali, che più gli aggrada, finchè egli sia pagato da uno od altro di essi (*n*), ciò non pertanto la sentenza riportata in processo in confronto di uno, in quanto essa concerne la esistenza obbiettiva dell'obbligazione, ha forza tanto in favore che in danno anche degli altri (*o*), come l'ha pure il giuramento di uno dei correi (*p*). Nello stesso modo la interruzione della prescrizione operata da uno de'correi conserva la obbligazione per tutti (*q*).

3. Tutto ciò che si riferisce al rapporto subbiettivo di un compartecipe all'obbligazione si limita a lui solo. Perciò il patto *de non petendo,* quand'anche fosse conchiuso *in rem* (§ 481 II), è senza effetto riguardo agli altri (*r*) la *capitis diminutio* (*s*) e la restituzione in intiero (*t*) di un debitore non liberano gli altri, come non li libera la confusione, se il creditore diventa erede di uno dei debitori (§ 656) (*u*); nè può aver luogo la compensazione della pretesa di uno dei correi con quella di un altro (*v*); e se un debitore venne costituito in mora mediante interpellazione, ciò non pregiudica agli altri (*vv*).

Le ultime qui spiegate obbligazioni correali nascono soltanto da contratto o da testamento.

Il contratto, in senso del Diritto civile, è una stipulazione, con cui più persone (*stipulatores*) si fanno promettere, ognuna per sè, alla stessa prestazione, ovvero più persone si obbligano, ognuna per sè, alla stessa prestazione (*x*). Come appendice di una obbligazione di buona fede, basta un così detto *pactum adjectum* (§ 544) (*y*), ed in senso del Diritto pretorio un *pactum praetorium,* come p. e. se vi sieno più costituenti (§ 627 II).

Da un testamento nasce un'obbligazione correale, se il testatore beneficò od aggravò di un legato più persone come correi (*z*).

In parte appartiene qui anche la indivisibilità dell'oggetto da ripetersi o da prestarsi, poichè anch'essa fa nascere un'obbligazione correale in tanto in quanto si tratta di esigere o di consegnare un oggetto indivisibile, ma non in quanto si debba prestare il suo valore, o l'*id quod interest.* (*aa*)

Da queste obbligazioni pure correali si deve distinguere il caso che più persone debbano prestare lo stesso tutto (*solidum*), ognuna per intiero, ma ognuna in base ad un'obbli-

(*n*) c. 28 C. VIII, 41 *de fidejuss.*
(*o*) fr. 42 § 3 D. XII, 2 *jurejur.* — fr. 7 § 1 D. XLIV, 5 *de except.*
(*p*) fr. 28, fr. 42 § 3 D. XII, 2 cit.
(*q*) c. 5 C. VIII, 40 *de duobus reis.*
(*r*) fr. 21 § 5, fr. 22, fr. 23, fr 27, D. II, 14 *de pact.* Se però il debitore correale che abbia stipulato un patto *in rem* dovesse avere interesse che siano liberati anco gli altri creditori, in tal caso il patto si riferirebbe alla sussistenza obbiettiva dell'obbligazione, e dovrebbe esser operativo per tutti, fr. 21 § 5 D. II, 14. — fr. 9 § 1 D. XLV, 2 *de duobus reis.*
(*s*) fr. ult. D. XLV, 2 cit.
(*t*) fr. 48 pr. D. IV, 4 *de minor.*
(*u*) fr. 71 pr. D. XLVI, 1 *de fidejuss.*
(*v*) fr. 10 D. XLV, 2 *de duobus reis.*
(*vv*) fr. 32 § 4 D. XXII, 1 *de usur.* - fr. 173 § 2 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*x*) pr. *Inst.* III, 16 (17) *de duobus reis.* — fr. 9 pr., 12 pr., fr. 13 D. XLV, 2 *de duob. reis.* — fr. 3 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — fr. 93 D. XLVI, 3 *de solut.*
(*y*) fr. 9 pr. D. XLV, 2 *de duobus reis.*
(*z*) fr. 9 pr. D. XLV, 2 cit. — fr. 16 D. *de legat* II. « *Si Titio aut Sejo,* utri heres vellet, *legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut* stipulando duo rei *constitui possunt, ita et* testamento *id potest fieri.* » Confr. però c. 4 C, VI, 38 *de verb. sign.* e Ribbentrop p. 119.
(*aa*) Come per e. quando più persone insieme avessero dato o preso ad imprestito una carrozza, fr. 5 § 15 D. XIII, 6 *Comm.* — fr. 11 § 23-25. D. *de legat.* III. — fr. 72, pr, fr. 85 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 192 pr. D. L, 17 *de reg. jur.* Bucher *Diritto delle obbligazioni* § 39-44. — Ribbentrop p. 178-241.

gazione ***sussistente per sè***, la quale tuttavia si fondi sullo stesso fatto obbligatorio, su cui si fondano le obbligazioni degli altri. Queste obbligazioni, a differenza delle obbligazioni correali si possono chiamare *solidarie* (*bb*). Fra queste si annovera specialmente l'obbligazione di più tutori e curatori (*cc*); quella di più padroni di nave o di negozio, se vengono impetiti colla così detta *actio exercitoria* o *institoria* (§ 611 e 612); l'obbligazione di più abitanti della stessa casa, se vengono chiamati in giudizio coll'azione *de effusis et ejectis* (§ 598), l'obbligazione infine di coloro che hanno insieme commessa una colpa, in quanto si tratta del risarcimento del danno cagionato (*dd*).

Queste obbligazioni solidarie coincidono colle correali in ciò, che le singole obbligazioni, di cui constano hanno un solo oggetto, e che perciò questo non si deve prestare più di una volta, ma che il pagamento dell'intiero debito fatto da un debitore, od ogni altro affare che tenga luogo di pagamento, libera anche gli altri.

Differiscono poi in ciò, che nelle obbligazioni solidarie il debitore non paga in base ad una obbligazione comune, ma in virtù di un'obbligazione particolare sussistente per sè. Perciò una sentenza che assolve uno degli obbligati in solido non giova agli altri debitori, come non giova loro il giuramento prestato da un di essi (*ee*): mentre diversa è la cosa nelle obbligazioni correali, come vedemmo superiormente.

Un'altra differenza consiste in ciò, che nelle obbligazioni correali chi pagò il tutto, di regola, non può pretendere dagli altri il rimborso (confr. questo § più sopra), poichè egli mediante il saldo da lui fatto di tutto il debito, non fa che estinguere un' obbligazione che gl'incombe affatto nella sua spezialità. Egli agisce quindi in causa propria, e se gli altri restano pel di lui fatto liberati, ciò è una conseguenza accidentale della circostanza che ad essi incombeva egualmente la stessa obbligazione. Se all'incontro uno fra più debitori solidarii presta il tutto, esso estingue non solo quell'obbligazione, di cui egli stesso è il subbietto, ma fa cessare nello stesso tempo le obbligazioni per sè sussistenti degli altri debitori. Egli agisce adunque contemporaneamente in un affare altrui, e gli compete perciò l'azione *negotiorum gestorum* per indennizzo, fuorchè s'egli abbia agito dolosamente (*ff*).

Se a più debitori solidarii e correali competa o no il benefizio legale della divisione, cioè se un debitore impetito per l'intiero possa pretendere che il creditore ripeta da ogni debitore la relativa sua parte, ciò è fra i giureconsulti assai controverso. Certo è che l'*epistola D. Hadriani* accordava a più fidejussori il benefizio legale della divisione (§ 625), benefizio che venne poi esteso a più mandati (*mandatores*) e costituenti (§ 626, e 627) (*gg*), come già prima era stato

(*bb*) Così Ribbentrop che fu il primo a far rimarcare ed a svolgere con accuratezza una tale differenza.

(*cc*) fr. 55 pr. D. XXVI, 7 *de adm. tut.*

(*dd*) c. 1 C. IV, 8 *de condict. furt.*

(*ee*) fr. 52 § 3 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* Ribbentrop p. 259-268: secondo questo scrittore (pag. 268 in fine) una novazione od *accettilazione* seguita con uno dei debitori solidali serve a liberare gli altri solamente in tanto in quanto con questi patti si possono considerare veramente saldato il debito, e ciò dall'appoggio del fr. 15 D. XXVII, 3 *de tut. et rat. dist.* — c. 1 C. II, 4 *de transact.* - Questa opinione però non è certo tanto sicura.

(*ff*) fr. 1 § 13, 14 D. XXVII, 3 *de tut. et rat.* - fr. 4 D. IX, 3 *de his, qui effud.* Schröter p. 431.

(*gg*) c. ult. C. IV, 18 *de const. pec.*

applicato a più tutori, e magistrati solidariamente obbligati (§ 176) (*hh*).

Ma Giustiniano introdusse un nuovo beneficio legale della divisione (*ii*).

Anche riguardo a questo è certo ch'esso non si riferisce ai debitori solidarj (*kk*), ma dalla maggior parte degli scrittori moderni un tal benefizio viene applicato a tutti i debitori correali in dipendenza di contratti (*ll*): la Nov. 99 per altro parla soltanto di debitori correali che si costituirono scambievolmente fidejussori l'uno per l'altro, e sembra anche più conforme alle regole di una stretta interpretazione di limitare la Nov. suddetta soltanto a questo caso (*mm*). Essa coincide col rescritto di Adriano in ciò, che la divisione ha luogo soltanto fra quelli che sono presenti e capaci di pagare, ed è operativa soltanto mediante un'eccezione (*nn*); e ne differisce poi specialmente in questo, che la divisione secondo la epistola di Adriano converte per sempre la obbligazione in una obbligazione *pro parte*, cosicchè dopo di essa ognuno è responsabile soltanto per la sua porzione, e non più per le porzioni di quelli che fossero divenuti insolventi (*oo*), mentre ciò non ha luogo secondo la Nov. 99 (*pp*).

(*hh*) fr. 7 D. XXVII, 8 *De mag. conv*.
(*ii*) Nov. 99.
(*kk*) Schröter p. 438.
(*ll*) Confronta Schröter p. 439 Wening II, T. 3 § 44.
(*mm*) Vedi la traduzione tedesca del *Corpus juris* nota 1.
(*nn*) Schröter p. 441. — Nov. 99 in principio: « *pactum quidem servetur*. »
(*oo*) fr. 26, fr 51 § 4 D. XLVI, 1 *de fidejuss*. - c. 16 C. VIII, 41 *de fidejuss*. La c. 28 C. VIII, 41 eod., siccome una legge generale non deroga alla legge precedente speciale.
(*pp*) Wening nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* IV, 3 p. 382 esternò una diversa opinione, appoggiandosi specialmente all'analogia con l'*epistola Hadriani*, ma tale analogia non sussiste se si riflette che i fidejussori mandanti nel mandato qualificato, ed i costituenti non sono tenuti che del debito di un altro, mentre i correi per la Novella 99 lo sono per il loro proprio, e soltanto allora pel debito di un terzo, quando avessero prestata fidejussione gli uni per gli altri, Schröter p. 442.

§ 460.

Ordine dell' ulteriore trattazione.

Dopo di aver mostrate le principali divisioni delle obbligazioni, ci resta ancora di esporre nella teoria generale le norme circa il danno, l'*id quod interest*, la mora e gl'interessi (*a*).

§ 461.

I. *Definizione del danno.*

Per danno (*damnum*) (*a*) s'intende in generale ogni diminuzione di sostanza: s'esso è già successo, chiamasi *damnum factum;* se poi non è ancora accaduto, ma sia imminente, dicesi *damnum infectum* (*b*).

Il danno avvenuto od ha diminuito la nostra sostanza attuale, od ha solo impedito che la medesima si aumentasse: quello si chiama danno positivo (*damnum positivum, emergens damnum*) (*c*), questo danno negativo, o lucro cessante (*damnum negativum, lucrum cessans*) (*d*).

La cagione del danno è un'azione libera (*damnum liberum*), o il caso (*damnum casuale*). L'azione libera o proviene da quello stesso che soffre il danno, e allora vale la regola « *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non*

(*a*) Kaufmann § IV.
(*a*) C. G. Wehrn *Doctrina juris explicatis principiorum et causarum damni*; *habita doli mali, culpae, morae, ejusque quod interest, ratione, praestandi*, Lips. 1795. — G. Schöman *Dottrina del risarcimento*, 2 Parti, Giessen e Wetzlar 1806 — Fed. Hänel *Saggio di una breve e chiara esposizione della dottrina del risarcimento*, Lipsia 1823.
(*b*) fr. 5 § 5 D. IX, 3 *de his, qui effud.* — fr. 2 D. XXXIX, 2 *de damno infecto*.
(*c*) fr. 3 D. XXXIX, 2.
(*d*) fr. 2 § 11 D. XLIII, 8 *Ne quid. in loco publ.* c. un. C. VII, 47 *de sententia, quae pro eo, quod interest, prof.*

intelligitur damnum sentire » (*e*); od esso ci deriva da un'azione libera e lecita di un altro, e neppure in tal caso ce ne possiamo lagnare (*f*), purchè il danneggiamento non abbia sorpassati i limiti del suo diritto (*g*). Se poi qualcheduno ci ha recato del danno in modo illecito, cioè con dolo per colpa, ovvero per mora, allora possiamo con diritto chiederne il ri sarcimento.

Se il danno è bensì avvenuto per caso, ma se non sarebbe accaduto senza una colpa precedente, ciò si chiama un caso misto (*casus mixtus*), il quale vien giudicato intieramente secondo le regole della colpa (*h*)

§ 462.
Del danno casuale.

Il caso (*casus, fortuitus casus, vis major, vis divina, fatum*) (*a*) è un avvenimento che l'umana debolezza non può prevedere od impedire, sia che venga prodotto dalle forze della natura, per esempio da un temporale, sia che derivi dall'azione di un uomo, purchè non c'entri nè dolo nè colpa per parte di quello che altrimenti avrebbe dovuto risarcire il danno derivatone, come nell'appiccato incendio, nel furto (*b*).

Il caso, in quanto n'è derivato un danno si chiama anche pericolo (*periculum*) (*c*). Circa il caso ci si offrono i due seguenti quesiti: a pregiudizio di chi sia il danno casuale (*quis damnum casuale sentiat*), e chi debba risarcirlo (*quis damnum casuale praestet*)?

§ 463.
A pregiudizio di chi sia il danno casuale (*a*).

Nel rispondere a questa domanda bisogna distinguere se il caso abbia resa impossibile la prestazione di un'azione, oppure di una cosa.

Nel primo caso, se il promittente ne fu impedito dal caso, egli è sollevato dal fare l'azione (*impossibilium nulla obligatio*) (*b*), e sta a suo carico il danno solamente in quanto per quell'azione gli era stata promessa una cosa o qualche altra prestazione; poichè egli non può ripetere la cosa promessa, o trattenersela, avendola già nelle mani (*c*), nè può pretendere la promessa prestazione, senza essere tuttavia obbligato ad un risarcimento di danni, se l'altro da canto suo avesse già adempito la prestazione prima che si verificasse il caso (*d*).

Se il caso è avvenuto nella persona di chi ha fatta la promessa, il dan-

(*e*) fr. 203 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*f*) fr. 4, fr. 5 pr. fram. 45 § 5 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 151, fr. 155 § 1 D. L, 17.

(*g*) fr. 24 § 12, fr. 26 D. XXXIX, 2 *de damno inf.*

(*h*) fr. 1 § 4 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — fr. 11 § 1 D, XIX, 2 *Locati.* — fr. 5 § 47, fr. 18 pr. D. XIII, 6 *Commodati.* — c. 3 C. V, 38 *de peric. tut. et curat.*

(*a*) fr. 11 § 5 D. IV, 4 *de minor.* — fr. 25 § 6, fr. 33 D. XIX, 2 *Locat. cond.* — fram. 24 § 4 D. XXXIX, 2 *de damno inf.*

(*b*) fr. 1 § 4 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — fr. 2 § 7 D. L, 8 *de administr. rer. ad civit. pert.* — c. 6 C, IV, 24 *de pign. act.* il danno pertanto considerato sotto diversi aspetti può essere tanto accidentale quanto volontario. Così p. e. se ad un commodatario senza sua colpa sia stata rubata la cosa presa ad imprestito, sarà il danno casuale rapporto al commodatario, e volontario rispetto al ladro.

(*c*) fr. 1, pr., fram. 14 D. XVIII, 6 *de peric. et commod. rei vend.*

(*a*) J. C. Brandenburg *Spec. jurid. sistens principia quaed. general. de damno casuali ejusque praestatione*, Gottinga 1793. Wächter nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 1, n. 6 e XV, 2 n. 9.

(*b*) fr. 185 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*c*) fr. 5 pr. D. XII, 4 *de condict. causa data, causa non sequut.* fram. 15 § 6 D. XIX, 2 *Locati cond.* Confr. Glück XIII, 1, p. 37-46.

(*d*) Ciocchè si desume in parte dai principj intorno alla prestazione (§ 469, n. 1) dell'*id quod interest*, ed in parte dalla teoria dei contratti innominati. Confr. Brandenburg § 13 e Glück IV p. 383.

no è a di lui pregiudizio; mentre egli non può ripetere il danaro già pagato, nè può ricusare il pagamento che non fosse ancora stato effettuato (*e*); tranne se il promittente fosse in istato di locare ad un altro allo stesso prezzo la promessa sua opera (*f*). Ma se taluno ha promesso o dato qualche cosa soltanto come *onorario*, in tal caso esso non può venire impetito per ciò che ha promesso, e può all'incontro ripetere ciò che ha dato (*g*).

Nel secondo caso bisogna vedere se la cosa da prestarsi sia determinata soltanto nella specie, oppure anche individualmente. Se la cosa individualmente determinata perisce, il debitore resta liberato dalla sua obbligazione (*h*), ma non può nè ritenere ciò ch'egli avesse acquistato per la cosa promessa, nè pretendere ciò che gli fosse stato promesso (*i*). Se poi si deve *restituire* una cosa individualmente determinata, come p. e. al comodante la cosa imprestata, al locatore la cosa locata, allora il caso colpisce il proprietario (*casum sentit dominus*) (*k*), e l'altro perde soltanto il diritto acquistato dal contratto, come per esempio il conduttore l'uso ulteriore della cosa condotta; sebbene anche questo danno gli venga in qualche modo risarcito, mentre egli può trattenere in parte, o chiedere di ritorno la mercede (*l*). Se fra due cose promesse alternativamente ne perisce una, il promittente non resta perciò liberato, ma lo è solo se periscono ambedue (*m*). Se il caso colpisce una cosa determinata nella specie, ovvero una quantità, il danno colpisce il debitore (*n*) il quale resta liberato soltanto allorchè perisce la intera specie, o se la specie è ristretta ad un certo numero di membri, e questi periscono, p. e. se io prometto i cavalli che sono nella mia stalla (*o*) (confr. per altro ciò che abbiamo detto superiormente).

§ 464.
Chi debba risarcire il danno casuale.

Nessuno è tenuto a risarcire il danno fortuito (*a*), se non vi è un'obbligazione particolare, la quale nasce dalla legge, come nella così detta *pauperies* (§ 613), o da un contratto con cui qualcheduno siasi espressamente o tacitamente assunto anche il caso fortuito (*b*), o da un'azione illecita precedente al caso, come da una colpa (§ 461 in fine), dalla mora (*c*), o da

(*e*) fr. 38 pr. D XIX, 2 *Locati*.
(*f*) fr. 19 § 9 D. eod. « *cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas. Antonio Aquilae solveres*, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, *fidem contractus impleri aequum est.* »
(*g*) fr. 19 § 10 D. XIX, 2 *Locati*. — fr. D I, 22 *De off. assess.*, siccome contengono casi di eccezione, non si oppongono, Glück IV, p 370.
(*h*) fr. 185 D. L, 17 *de reg. jur.* — fr. 5 § 2 D. XVIII. 5 *de rescind. vend.* — fr. 23 D. XLV, 1, *de verb. oblig.* — fr. 107 D. XLVI, 3 *de solut.*
(*i*) fr. 16 D. XII, 4 *de condict. causa data.* — fram. 58 § 1 D. XVII, 2 *Pro socio*. È di opinione diversa Wächter nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 2. Contr. specialmente p. 202-222. Nel § 524 si vedrà un caso in cui se perisca la cosa prima della consegna resta liberato il venditore dal doverla consegnare, conservando tuttavia il diritto di pretendere il prezzo dal compratore o di trattenerlo se già ricevuto.
(*k*) fr. 18 § 4 D. XIII, 6 *Commodati vel contra.* — fr. 1 § 35 D. XVI, 3 *Depositi vel contra.* — fr. 9 § 4 D. XIX, 2 *Locati.*
(*l*) fr. 9 § 4, fr. 19 § 6, fr. 30 pr. § 1, fr. 33 D. 2 *Locati.*
(*m*) fr. 2 § 3 D. XIII, 4 *de eo, quod certo loco.* — fr. 34 § 6 D. XVIII, 1 *de contrah. emt*
(*n*) fr. 42 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 1 § 4 D. XLIV, 7 *de obligat et act.*
(*o*) fr. 30 § 5 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falc.* — fr. 34 § 6 D. XVIII, 1 *de contr. emt.*
(*a*) fr. 23, D. L, 17 *de reg. jur.*
(*b*) fr. 1 § 35 D. XVI, 3 *Depositi* fr. 39 D. XVII, 1 *Mandati.* — fr. 9 § 2, fr. 30 § 4 D. XIX, 2 *Locati.*
(*c*) fr. 23, fr. 49 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

una trascuranza, per cui fosse stata trafugata la cosa di un altro (*d*).

§ 465.

Del danno cagionato con dolo.

Vi è dolo (*dolus*) se qualcheduno con scienza e volontà nell'intenzione di nuocere (*mala fide*) reca danno ad un altro, sia poi ch'egli lo faccia per brama di lucro, o per qualche altra riprovevole passione, p. e. per cattiveria, per ira o per vendetta ec. (*a*).

Il danno cagionato con dolo si deve sempre risarcire (*b*), e la convenzione con cui preventivamente si pattuisce che non si debba risarcire il danno che può venire cagionato con dolo, è nulla (*c*), quantunque si possa condonare posteriormente il danno già prodotto (*d*).

§ 466.

Del danno con colpa. Definizione e divisione della colpa (*a*).

La colpa (*culpa*) in senso proprio in cui viene contrapposta al dolo, è un'azione od omissione, per cui qualcheduno reca danno ad un altro senza prava intenzione, ma tuttavia in guisa che il danno gli può venir imputato (*b*); come se qualcheduno nuoce per imprudenza, imperizia, sbadatezza o compassione intempestiva (*c*).

La colpa si commette sussistendo un'obbligazione, o non sussistendo. Siccome fuori di un'obbligazione nessuno è tenuto ad impiegare diligenza per un terzo, così è chiaro che per avere un terzo mancato di usare diligenza non nasce verun'azione, ma che l'azione ha luogo soltanto pel danno che viene cagionato col distruggere o danneggiare contro l'altrui diritto una cosa, o con qualsiasi altra azione equivalente ad una lesione, purchè l'azione danneggiante possa venire

(*d*) fr. 8 pr. D. XIII, 1 *de cond. furt.*

(*a*) fr. 8 § 9, 10, fr. 29 pr. D. XVII, 1 *Mandati.* — fr. 36 D. XV, 1 *de pecul.* — fr. 2 § 5 D. XLIV, 4 *de except. doli mali.* — Hasse § 17, 20 nella sua opera *Intorno la colpa secondo il Dir. rom.*

(*b*) fr. 134 § 1 D. L, 17 *de reg. jur.* — fr. 18 § 3 D. XXXIX, 5 *de donat.*

(*c*) fr. 27 § 3 D. II, 14 *de pactis*, e Bucher, p. 95. — fr. 23 D. L, 17 *de reg jur.*

(*d*) fr. 27 § 4 D. II, 14. - c. 34 C. II, 4 *de transact.*

(*a*) Molti scrittori si occuparono di tale materia. Confr. Donelli *Comm. jur. civ.* lib. 16, cap. 7 — Gries *Diss. de gradibus et generibus culpae* Gottinga 1805. — Fr. Schöman *Dottrina del risarcimento*, Giessen e Wetzlar 1806. - Löhr *Teoria della colpa.* Questi due scrittori hanno in seguito esaminato a vicenda tale materia nelle seguenti opere: Schöman *Esame della teoria della colpa esposta da* Löhr, Giessen e Wetzlar 1806, e Löhr, *Supplementi alla teoria della colpa*, Giessen 1808. In seguito comparvero le opere di A. Mayer *De culpa, ejusq. speciebus et gradibus*, Tubing. 1807. — L. Dresh *De indole et gradibus culpae*, Manhemii 1808. — Gensler *Exercit. juris civ. ad doctrinam de culpa.* — F. Schöman *Frammenti di lezioni*, Jena 1814. Merita speciale considerazione la eccellente opera di Hasse *La colpa del Dir. rom.* Kiel 1815. Anche Federico Häuel nella sua *Teoria del risarcimento*, Lipsia 1823 § 11-60, ha esposto con molta maestria, sebbene succintamente, i principii fondamentali intorno alla colpa. A questi due ultimi scrittori in principalità abbiamo voluto attenerci, sebbene Gensler nel suo *Trattato sulla teoria della diligenza e della colpa*, Heidelberga 1819. e C. F. Elvers *In doctrina jur. civ. rom. de culpa*, Gotting. 1822, si sieno studiati di combattere i principii sostenuti da Hasse.

(*b*) fr. 8 § 10 D. XVII, 1 *mandati.* — fr. 7 § 7 D. IX, 3 *De dolo malo.* — fr. 5 § 1, 2, fr. 29 § 4, fr. 52 § 1 D. IX, 2 *Ad leg Aquil.* — Hasse § 10, 11. Per colpa nel senso il più lato s' intende qualsiasi lesione di diritto, fr. 9 § 3 D. IV, 4 *De minor.* — c. 11 § 1 C. V. 17 *De repud.* Veggasi anche fr. 1 § 47, fr. 3 D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 7 § 12 D. XLI, 1 *De adq. rer. dom.* — fr. 14 § 1 D. XLIX, 16 *De rer milit.* — c. 11 C. VII, 32 *De adquir. vel retin. poss.* c. 2 C. IX, 4 *De custod. reor.* Ma nel senso proprio, e in vero in senso lato, per colpa s' intende quella qualità di un'azione dannosa, mercè cui essa può venire imputata al suo autore. Confr. fr. 5 § 2, fr. 29 § 4. fr. 52 § 1 D. IX, 2. La colpa presa in qualsivoglia di questi due sensi comprende sempre in sè anco il dolo: rispetto al primo significato confr. fr. 1 § 47, fr. 3 D. XVI, 3 *De depositi*, e rispetto al secondo vedi il fr. 5 § 1 D. IX, 2. — fr. 91 § 3 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*c*) Se ne leggono esempii nel fr. 8 § 1 D. IX, 2 — fr. 17 § 3 D. XIII, 6 *Commodati.* — fr. 7 pr. D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 8 § 10, fram. 29 pr. D. XVII, 1 *Mandati* etc.

imputata al suo autore. Di ciò tratta la Legge Aquilia, che noi esporremo più sotto: osserveremo qui soltanto che quella Legge si riferisce anche al danno cagionato con dolo, e che in essa non si ammettono differenti gradi di colpa; poichè l'offensore risponde di ogni danno che gli può venir imputato, tanto se abbia agito con dolo, o commesso una colpa più o meno grave (*d*).

Sussistendo un'obbligazione, si può commettere una colpa non solo con azioni positive, ma eziandio con omissioni, cioè se qualcheduno non impiegò quella diligenza e quell'attenzione ch'egli avrebbe duvuto impiegare in conformità della sua obbligazione (*e*): e siccome secondo la diversità delle obbligazioni è necessario un grado ora maggiore ora minore di diligenza, così vengono ammessi nei nostri fonti anche diversi gradi di colpa, cioè la colpa lata (*culpa lata*) e la colpa lieve (*culpa levis*). La colpa lata (*culpa lata, latior* (*f*), *magna* (*g*), *dolo proxima*) (*h*), è una trascuratezza od ignoranza assai grande, per cui qualcheduno non fa o non intende ciò che tutti fanno od intendono (*i*).

Se qualcheduno agisce più trascuratamente degli altri uomini, ciò manifesta dei sentimenti riprovevoli, e perciò una tal colpa viene pareggiata al dolo (*k*), ed in questo sempre compresa (*l*).

Viene inoltre equiparato al dolo, e perciò anche alla colpa lata, il contegno di quelli i quali negli affari altrui non impiegano quella diligenza che sogliono usare nelle cose proprie (*negligentia suis rebus non consueta*, ovvero, come dicono i moderni, *culpa levis in concreto*); poichè è certo medesimamente un segno di sentimenti riprovevoli l'essere negli affari altrui più trascurato che nei proprii (*m*).

La colpa lieve (*culpa levis*) (*n*), *culpa* (*o*), *culpa levissima* (*p*) è l'omissione di quella diligenza ch'è solito ad usare un diligente padre di famiglia (*q*). L'opposto dunque della colpa lieve è la diligenza di un attento padre di famiglia (*diligentia plena, exacta, exactissima*), e soltanto in via di eccezione la diligenza in affari proprii (*diligentia minus plena*). Una parte della diligenza viene costituita dalla *custodia*, colla quale s'intende la diligenza usata nel custodire una

(*d*) fr. 44 pr. D. IX, 2. Secondo la legge Aquilia adunque nessuno è responsabile per una semplice ommissione, tranne se precorse un'azione, per cui commettendosi in seguito una trascuratezza fosse stato prodotto danno, fr. 8 pr. D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* « *Qui bene secuit, et dereliquit curationem, secures non erit, sed culpae reus intelligitur.* « Confr. fr. 27 § 9 D. eod.

(*e*) fr. 91 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*f*) fr. 32 D. XVI, 3 *Depositi.*

(*g*) fr. 226 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*h*) fr. 47 § 5 D. *De legat.* I. Egli è chiaro che questa distinzione non può applicarsi se non alla colpa in senso proprio, avvegnachè la colpa Aquilia, siccome abbiamo osservato, comprende in sè anche il dolo.

(*i*) fr. 213 § 2, fr. 223 pr. D. L, 16. — p. e. fr. 11 § 3 D. XIV, 3. « *Certe si quis dicat, ignorasse se literas, vel non observasse, quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur* ».

(*k*) fr. 226 D. L, 16. - fr. 1 § 1 D. XI, 6 *Si mensor fals. mod. dix.* — fr. 8 § 8, fr. 29 pr. D. XVII 1 *Mandati.* — fr. 7 § 1 D. XXVI, 10 *De suspect. tut.* — fr. 1 § 2 D. XLVII, 4 *Si is, qui testam.* — Hasse § 20-22.

(*l*) fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commod.* e fr. 23 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*m*) fr. 32 D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 22 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell* - Hasse § 22 40 e 63. Di altra opinione è Hänel § 30.

(*n*) fr. 22 § 3 D. XXXVI, 1. - fr. 39 § 6 D. XXVI, 7 *De administr. et peric. tut.* fr. 47 § 5 D. *de legat.* I. - fr. 54 § 2 D. XLI, 1 *de adquir. rer. dom.* — c. 20 C. II, 19 *de neg. gest.* — c. 7 C. V, 51 *Arbitr. tut.*

(*o*) § 3 *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contr. oblig.* — fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commodati.* — fr. 23 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*p*) fr. 44 pr. D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*q*) fr. 25 pr. D. XXII, 3 *De probat.* - fr. 65 pr. D. VII, 1 *De usufruct.* — fr. 54 D. XIX, 1 *De act. emt. vend.*

cosa (*r*). E siccome la diligenza si divide in piena e meno piena, così anche la custodia; è piena (*s*), ossia custodia in senso proprio (*t*), e meno piena; e ciò che vale della diligenza, vale anche della custodia; tranne se quest' ultima manchi di soggetto, come avviene sovente nel contratto di mandato (§ 539).

Le nostre Leggi non pretendono in alcun luogo, nè potrebbero neppure ragionevolmente pretendere, una diligenza maggiore di quella di un attento padre di famiglia (*u*); poichè una tal diligenza richiede un talento eminente, una somma sollecitudine e sforzi straordinarii. Ma i talenti distinti sono rari, una somma premura diventa spesso nociva, perchè degenera facilmente in ansia, e sforzi straordinarii non si possono senza ingiustizia pretendere, specialmente in affari che durano ordinariamente a lungo.

Apparisce già dal fin qui detto essere contraria alla natura della cosa l'opinione di quei Giureconsulti, i quali, oltre ai rammentati gradi di colpa, ammettono in alcuni affari anche una colpa lievissima, la quale, secondo la loro definizione, è l'omissione della maggior possibile diligenza (*v*), di quella cioè impiegando la quale colla prudenza e colla forza umana si avrebbe potuto impedire il danno. A questa opinione combattuta fra' moderni specialmente da Hasse (*x*), oltre ad essere la medesima, come abbiamo poc'anzi notato, in opposizione colla natura della cosa, ostano poi anche i seguenti ostacoli desunti dai fonti stessi.

1. L'espressione ***culpa levissima*** si rincontra in tutto il Diritto romano una volta sola (*y*), ed in un affare poi tale che senza dubbio non richiede maggiore diligenza di quella di un attento padre di famiglia (*z*).

2. I fautori dell'opinione contraria, che dalle parole ***diligentissimus paterfamilias, omnis culpa, exacta diligentia***, conchiudono doversi necessariamente ammettere una colpa lievissima, non riflettono che le stesse espressioni sono usate anche in quelle obbligazioni dove, secondo la loro stessa opinione, vi è responsabilità soltanto per la colpa lieve. Così p. e. essi dicono che il comodatario deve essere risponsabile per la colpa lievissima, perchè nel fr. 18 pr. XIII, 6, *Commod.* si legge che trattandosi di cose imprestate si deve impiegare quella diligenza che impiega negli affari proprii un diligentissimo padre di famiglia. Ma la stessa espressione, ***diligentissimo*** padre di famiglia occorre anche nel § 5 *Instit.* III, 24 (25) *De locat. cond.* relativamente al conduttore, il quale giusta l'opinione stessa degli avversarii risponde soltanto della colpa lieve (*aa*).

(*r*) § 2 *Inst.* III, 14 (15) *Oblig. mod. re contr. oblig.* — fr. 5 § 6 § 9, fr. 11 § 1 D. XIII, 6 *Commodati.* — fr. 1 pr. § 12 D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 31 pr. D. XIX, 1 *De act. emt.* — fr. 29, fr. 40, fr. 41 D. XIX, 2 *Locati.* — fr. 1 § 4 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.*

(*s*) fr. 2 § 1, fr. 3 D. XVIII, 6 *De peric. et commod. rei vend.*

(*t*) fr. 1 § 7, fr. 2 D. VII, 9 *Ususfr. quemadmod. cav.* — c. 28 C IV, 65 *De locato.*

(*u*) A sostener che in alcuni affari si richiegga maggiore diligenza di quella del padre di famiglia offrono specialmente soggetto il fram. 5 § 2, combinato col fr. 18 là dove si legge *Haec ita*, etc. D. XIII, 6 *Commodat.* — fr. 47 § 5 D. *De legat.* I. — fr. 23 D. L, 17 *de reg. jur.* — § ult. *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contr. obl.* Ma se anche si voglia concedere che alcuni Giureconsulti romani abbiano per avventura distinto tre gradi di colpa, si vedrà tuttavia per motivi che stiamo per addurre, che una tal dottrina non prese piede presso i romani. Confr. Hänel § 19 25.

(*v*) Confr. p. e. Gunther § 540.

(*x*) p. 119-137.

(*y*) fr. 44 pr. D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*z*) fr. 31, fr. 52 § 4 D. eod.

(*aa*) Intorno all'espressione ***omnis diligentia***, confr. c. 24 C. IV, 32 *De usuris* col fr. 15 § 9 e

3. Nei fonti vi sono molti passi in cui è detto che si deve ascrivere al caso se un diligente padre di famiglia non ha potuto prevedere qualche cosa; dal che si raccoglie che le leggi non pretendono maggiore diligenza di quella di un attento padre di famiglia (*bb*).

4. Vi sono anche dei passi in cui la colpa lieve viene chiamata in modo non equivoco il più alto grado di colpa che possa essere imputato (*cc*).

5. Siccome gli avversarii della nostra opinione sostengono che la responsabilità per difetto di diligenza comprenda di più che la responsabilità per la colpa, così noi all'incontro ci possiamo riportare a frammenti in cui la responsabilità per difetto di diligenza e quella per la colpa vengono chiaramente adoperate come sinonimi (*dd*).

6. Nei passi dove si parla della colpa in tutta la sua estensione, al dolo ovvero alla colpa lata viene contrapposta soltanto la colpa ovvero la colpa lieve (*ee*).

7. Finalmente anche Teofilo nella sua Parafrasi (*ff*), dove egli tratta *ex professo* questo argomento, divide abbastanza chiaramente la colpa soltanto in due gradi.

§ 467.
Principii circa la responsabilità per la colpa.

I. Se non vi è obbligazione, si è responsabile per la colpa aquilia (§ 466), come si suole chiamarla, e compete al danneggiato l'*actio legis Aquiliae* pel conseguimento dell'indennizzo (§ 578). Quest'azione concorre *ad elezione* del danneggiato, coll'azione stessa che nasce dall'affare, se in esso si è responsabile per ogni colpa, o almeno per la colpa lieve in concreto (*a*), e se il danno è tale che sia applicabile la legge Aquilia (*b*); anzi le due azioni concorrono anche *successivamente*, se l'azione posteriore è più dell'anteriore (*c*). In quelle obbligazioni in cui si risponde soltanto del dolo, una tale scelta ha luogo se il danno fu cagionato da frode o da colpa lata (*d*); ma se fu commessa soltanto una colpa lieve, in tal caso non si può intentare l'azione che nasce dall'obbligazione, ma solo l'azione

fr. 38 pr. *omnis culpa* confr. c. 13 C. IV, 35 *Mandati* col fr. 31 § 11 12 D. XXI, 1 *De aedil. edict.*; intorno alla parola *exacta diligentia* confr. § 2 *Inst.* III, 14 (15). *Quib. mod. re contr. oblig.* col § 4 *Instit.* eod. Confr. altresì il fr. 3 D. XVIII, 6 *De peric. et commod. rei vend.*

(*bb*) fr. 32 pr. D. III, 5 *De negot. gest.* — fr. 30 D. XIII, 7 *De pign. act.* — § 3 *Inst.* IV, 3 *De leg. Aquil.*

(*cc*) fr. 1 § 1 D. XI, 6 *Si mens. fals. mod. dix.* Confr. col pr. ejusd. fragm. — fr. 16 D. XIII, 1 *De condict. furt.* e specialmente il fr. 17 § 2 D. XIX, 5 *De praescript. verb.*

(*dd*) fr. 68 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt.* « *existimo, te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam et culpa.* » fr. 3 § 5 D. XLIX, 14 *De jure fisci.* — fr. 6 D. L, 8 *De administr. rer. ad civ. pertin.*

(*ee*) c. 20 C. II, 19 *De negot. gest.* comb. col § 3 *Inst.* III 27 (28) *De oblig. quasi ex contr.* Confr. anche fra loro c. 11, 13, 21, C. IV, 35 *Mandati.*

(*ff*) Paraphr. ad § 13 *Inst.* IV, 1 *De oblig. quae ex delicto nasc.*

(*a*) fr. 7 § 8, fr. 18 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* - fr. 18 § 1 D. XIII, 6 *Commod.* — fr. 47 § 1, fr. 48, fr. 49 D. XVII, 2 *Pro socio.* — fr. 43 D. XIX, 2 *Locat.* Che questa scelta abbia luogo anche allorquando venga recato danno in un affare dove non si risponde che della colpa lieve in concreto, ciò si ha dal fr. 10 pr. D. X, 3 *Commun. div.* « *Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc judicio* (*communi dividundo*) *heres socii praestat, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.* » Hasse § 37.

(*b*) frammento 30 § 2 D. XIX, 2. Quindi, onde abbia luogo la scelta, è mestieri che il danno sia stato recato per fatto positivo; anzi l'azione *legis Aquiliae* non si può intentare nemmeno per tutti i fatti positivi e dannosi; il che risulta da quanto abbiamo accennato nel precedente paragrafo: confr. il fr. 41 D. XVII, 1 *Mandati.* — fr. 18 § 3 D. IV, 3 *De dolo malo.*

(*c*) fr. 7 § 1 D. XIII, 6 *Commodati.* — fr. 34 § ult. D. XLIV, 7 *De oblig. et act.*

(*d*) Hasse § 35 e 36.

Aquilia (*e*), se del resto sussistono tutte le altre condizioni necessarie perchè possa promuoversi.

II. Trattandosi ch'esisteva un'obbligazione, bisogna distinguere se qualcheduno agiva negli affari di un altro come suo procuratore, o no. Nel primo caso, chi s'incarica spontaneamente degli affari altrui è responsabile di ogni colpa; ma chi e obbligato per legge ad amministrarli risponde soltanto della colpa lata, e di ciò che ad essa equivale. Secondo questa regola, il mandatario (*f*), e chi agisce senza mandato (*g*) sono responsabili per ogni colpa, mentre il tutore e curatore lo sono soltanto per la colpa lata, e lieve in concreto (*h*).

Nel secondo caso, in cui non vi ha mandato, chi risente dall'affare un vantaggio è risponsabile per ogni colpa, ma chi non ne risente alcun vantaggio, risponde soltanto della colpa lata; e se perciò ambo i contraenti ricavano dall'affare un vantaggio, sono ambedue responsabili per ogni colpa (*i*). Perciò nella compra-vendita (*k*), nel contratto di locazione (*l*) e di pegno (*m*), sono ambedue le parti contraenti obbligate a rispondere di ogni colpa; e così pure l'erede gravato di legati, il legatario, e il fedecommessario singolare, i quali debbano consegnare ad un terzo la cosa legata, od una parte di essa (*n*); a meno che non percepiscano dal testamento alcun vantaggio, nel qual caso sono tenuti soltanto pel dolo e per la colpa lata (*o*). Il mandante (*p*), il deponente (*q*) e il comodatario sono risponsabili per ogni colpa (*r*); all'incontro, il depositario

(*e*) fr. 13 pr. D. XL, 12 *De liberali causa*. — fr. 1 § 2 D. XLVII, 4 *Si is, qui testam*. Il vincolo che lega due persone in causa della obbligazione, non può mai operare che sia permessa un'azione di sua natura vietata. Hänel è in parte di opinione diversa § 35.

(*f*) § 11. 13. 21 C. IV, 35 *Mandati*. Non vi si oppongon fr. 8 § 10 fr. 10 pr. fr. 29 pr. D. XVII. 1 *Mandati*, poichè l'argomento *a contrario*, che viene desunto dal fr. 8, non è attendibile. Ulpiano difatti si esprime « *si dolo emere reglexistis . . . aut si lata culpa . . . teneberis* » dal che si potrebbe inferire *a contrario* che se non vi sarà alcuna colpa lata non vi sarà alcuna responsabilità; ma quel giureconsulto subito dopo soggiunge: « *si dolus non intervenit*, ne culpa, *non teneberis*. » Nel fr. 10 la buona fede non viene presa in opposizione alla colpa lieve, ma sibbene in opposizione al caso.

(*g*) § 1 *Inst*. III, 27 (28) *De oblig. quasi ex contr*. — fr. 11 fr. 21 § 3, fr. 32 pr. D. III, 5 *De neg. gest*. — c. 20 C. II. 19 *De neg. gest*. — c. 24 C. IV, 32 *De usur*. L'amministratore senza mandato non è però tenuto che per la colpa lata, quando abbia assunto l'amministrazione in una cosa che altrimenti sarebbe perita, fr. 3 § 9 D. III, 5 *De negot. gest*.

(*h*) Confr. § 165 b.

(*i*) fr. 10 § 1 D. XLII, 6 *Commod*. — fr. 17 § 2 D. XIX, 5 *De praescr. verb. et in fact. act*. — 108 § 12 D. *De legat*. I. — fr. 61 § 6 D. XLVII, *a De furtis*. Hanel § 38 impugna questo principio, ma però senza plausibile ragione.

(*k*) Riguardo al venditore confr. § 3 *Inst*. III, 23 (24) *De emt. ven*. — fr. 35 § 4, fr. 68 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt*. — fr. 2 § 1, fr. 3, fr. 11 D. XVIII, 6 *De per. et commod. rei vend*. — fram. 13 § 16, fr. 36, fr. 54 pr. D. XIX, 1 *De act. emt. vend*. — fr. 18 § 8, 9, fr. 38 pr. D. XXXIX, 12 *De damn. inf*. Riguardo al compratore vedi il fr. 31 § 11, 12 D. XXI, 1 *De aedil. edict*.

(*l*) Rispetto al conduttore confr. § 5 *Inst*. III, 24 (25) *De locat. cond*. — § 16 *Inst*. IV, 1 *De oblig., quae ex delict*. — fr. 11 § 3, fr. 13 § 1, fr. 25 § 7 D. XIX, 2 *Locat*. e pel locatore e conduttore, confr. 28 C. IV, 65 *De locat. et cond*.

(*m*) Per quello concerne il creditore confr. § 4, *Inst*. III, 14 (15) *Quib. mod. contr. re obl* — fr. 13 § 1, fr. 14, fr. 22 § 4, fr. 25, fr. 30 D. XIII, 7 *De pign. act*. — c. 19 C. VIII, 14 *De pign. et hypoth*.; in quanto al debitore fr. 9 pr., fr. 31, fr. 39 pr. C. XIII, 7 *De pign. act*. Se il pegno deriva dalla immissione nei beni del debitore, il creditore non è tenuto che pel dolo o per la colpa lata, fr. 9 § 5 D. XLII, 5 *De rebus auct. jud. poss*.

(*n*) fr. 47 § 4, 5, fr. 59 D. *De legat*. I. il fedecommessario universale, siccome rimane proprietario della eredità fino al tempo in cui ne fa la consegna, non risponde che per la negligenza insolita nelle cose sue proprie, fr. 22 § 3 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell*.

(*o*) fr. 108 § 12 D. eod.

(*p*) fr. 61 § 5 D. XLVI, 2 *De furt*.

(*q*) fr. 61 § 5 D. XLVII, 2 eod.

(*r*) § 2 *Inst*. 14 (15) *Quid. mod. re contr. oblig*. fr. 5 § 2 e 5, fr. 18 pr. D. XIII, 6 *Commodati*. — fr. 1 § 4 D. XLIV, 7 *De oblig. et act*. Se l'affare fu intrapreso a vantaggio del comandante, non è

(*s*) ed il comodante (*t*) soltanto pel dolo, e per la colpa lata. Secondo la stessa massima, il donante è responsabile soltanto per la colpa lata (*u*). Anche nei contratti innominati, se ambedue i contraenti risentono dall'affare un vantaggio, sono responsabili per ogni colpa, e se soltanto uno ne ritrae l'utile, l'altro non è risponsabile che pel dolo (*v*). In via di eccezione è tenuto soltanto pel dolo chi acquista una cosa mediante precario, sebbene tutto il vantaggio sia dal suo canto (*x*).

Diversa è in parte la cosa in quegli affari in cui qualcheduno amministra una cosa comune, poichè in essi si deve usare la diligenza solita ad impiegarsi negli affari proprii. Sono dunque tenuti ad una tale diligenza i socii (*y*), i comproprietarii (*z*), ed il marito riguardo alla dote non fungibile e non estimata (*aa*), come anche riguardo ai beni parafernali, i quali per comune vantaggio d'ambedue i conjugi fossero stati affidati all'amministrazione del marito (*bb*). Se qualcheduno in occasione di un infortunio può salvare o soltanto le cose proprie, o soltanto le altrui, egli deve salvar queste a preferenza delle proprie, s'egli in virtù dell'obbligaziono per cui le detiene, è responsabile per ogni colpa (*cc*). Gli eredi sono tenuti pel dolo del defunto solamente in quanto essi se ne sieno arricchiti (*dd*); ma per la colpa lo sono senza questa restrizione (*ee*), ad eccezione degli eredi dei tutori e curatori, che rispondono soltanto per la colpa lata del testatore (*ff*).

Se qualcheduno viene impetito pel risarcimento del danno cagionato per sua colpa, l'attore deve provare la colpa (*gg*), tranne se si tratta della restituzione di una cosa in causa di una obbligazione di cui si risponda di ogni colpa; nel qual caso tocca al convenuto di provare di non essere in colpa, e che la cosa sia perita o deteriorata per mero accidente (*hh*). Trattandosi di affari in cui qualcheduno deve impiegare la diligenza consueta nelle proprie faccende, siccome egli risponde

tenuto il comodatario che per la colpa lata, fr. 5 § 10 D. XIII, 6.

(*s*) § 3 *Inst.* III, 14 (15) — § 17 *Inst.* IV, 1 *De oblig. quae quasi ex delict.* — fr. 1 § 8, 10, 16, fr. 32 D. XVI, 3 *Depositi* — fr. 1 § 5 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — fr. 23 D. L., 17 *De reg. jur.* Però il depositario risponde per qualsiasi colpa nel caso che avesse percepito una mercede, fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commodati*, oppure s'egli stesso si fosse offerto alla custodia, fr. 1 § 35 D. XVI, 3 *Depositi.*

(*t*) fr. 17 § 3, fr. 48 § 3, fr. 22 D. XIII, 6. S'egli solo però goda tutto il vantaggio, sarà tenuto per qualsiasi colpa, fr. 5 § 2 D. eod.

(*u*) fr. 18 § 3 D. XXXIX 5 *De donat.*

(*v*) fr. 108 § 12 D. *De legat.* I. — fr. 17 § 1 2 D. XIX, 5 *De praescr. verb.* Qualora però si fossero promesso delle opere che annoverare non si potesser fra le servili (*operae liberales*), in tal caso il promittente sarebbe tutto per la sola colpa lata, fr. 1 D. XI, 6 *Si mens. fals. mod. dixerit.*

(*x*) fr. 8 § 3, 6, 8 D. XLIII, 26 *De precar.* Dopo interposto l'interdetto, egli è garante per qualsiasi colpa, fr. 14 § 11 D. XLVII, 2 *De furt.*

(*y*) § 9 *Inst.* III, 25 (26). — fr. 52 § 1-3, fr. 72 D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*z*) fr. 25 § 16, 18 D. X, 2 *Famil. ercisc.*

(*aa*) fr. 17 pr., fr. 49 D. XXII, 3 *De jure dot.* — fr. 18 § 1, fr. 24 § 5, fr. 25 § 1, fr. 49 pr. D XXIV, 3 *Solut. matrim.*

(*bb*) fr. 9 § 3 D, XXIII, 3. — c. 11 C. V, 14 *De pact. convent.* Del resto, per le regole ivi contenute intorno alla prestazione della colpa per quasi tutte le obbligazioni, devesi aver riflesso al fr. 5 § 2 D. XIII, 6 *Commod.* ed al fr. 23 D. L, 17 *De reg. jur.* Confr. anche Hasse § 64 e 65.

(*cc*) fr, 5 § 4 D. XIII, 6. « *Si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum posset res commodatas salvas facere, suus praetulit.* »

(*dd*) § 1 *Inst.* IV, 12 *De perpet. vel temp. act.*

(*ee*) fr 35, fr. 36 D. XVII. 2 *Pro socio.*

(*ff*) fr. 39 § 6 D. XXVI, 7 *De administr et peric. tut.* — fr. 4 D. XXVII, 8 *De magistr. conv.* — c. 17 C. II, 19 *De negot. gest.* — c. 1 C. V, 54 *De hered. tut.* Non osta il fr. 8 pr. D. XXVII, 7 *De fidejuss. tut. et curat.* Confr. Hasse p. 344.

(*gg*) fr 13 fr. 18 § 1, fr. 21 D. XXII, 3 *De prob.* — c. 4 C. II, 1 *De edend.*

(*hh*) fr. 9 § 4 D. XIX, 2 *Locati* — c. 5 C. IV, 24 *De commodato.*

propriamente della colpa lieve, così se vuole essere assolto dalla medesima, deve provare ch'egli nelle proprie faccende è appunto così negligente come lo fu nelle altrui, nel qual caso deve venire assolto, purchè non vi sia colpa lata (*ii*), e purchè alla sua trascuratezza non si possa applicare la legge Aquilia. Confr. la prima nota di questo paragrafo.

§ 468.
Limitazione degli esposti principii.

I principii esposti nell'antecedente paragrafo possono venire modificati come segue:

1. mediante contratto o mediante un testamento si può bensì accrescere (*a*), ma non si può diminuire fin che piaccia la responsabilità per la colpa. È lecito infatti dispensare dalla diligenza di un attento padre di famiglia, ed anzi perfino dalla diligenza che taluno è solito di usare nelle cose proprie; poichè dal momento che un contraente dichiara di non pretendere da canto dell'altro contraente, p. e. di un socio, quella diligenza ch'egli è solito usare nelle cose proprie, la colpa lieve in concreto si spoglia di ogni carattere doloso (*b*). Ma dal dolo e dalla colpa lata non si può anticipatamente dispensare, mentre ripugna al buon costume di fare un contratto, con cui si permetta ad un altro d'ingannarci e di recarci in tal guisa del danno (§ 465 in fine).

2. Chi offrì spontaneamente l'opera sua in un affare che non importa l'obbligo di rispondere di qualunque colpa, diventa con ciò responsabile di ogni colpa (*c*); e perciò tanto il tutore che s'intruse nella tutela (*d*), quanto il protutore, s'egli non si trova in un errore degno di scusa (*e*), sono responsabili di ogni colpa.

3. Se in un affare che per sè stesso non richiede la diligenza di un attento padre di famiglia, si consegna previa stima al contraente l'oggetto del contratto, senza che quegli che lo consegna abbia l'intenzione di trasferirne la proprietà, chi lo riceve è responsabile di ogni colpa (*f*).

4. Gli affari di stretto diritto vanno del pari soggetti ad una stretta interpretazione, cosicchè quegli che promise di dare qualche cosa, non può venire per ciò obbligato ad un'azione (*ad faciendum*) (*g*).

5. Finalmente la responsabilità per la colpa viene in parte accresciuta, e in parte diminuita dalla mora (§ 473).

§ 469.
Id quod interest (*a*).

Sotto l'espressione *id quod interest*, si intende in generale qualunque danno positivo e negativo che noi risentiamo a cagione di un fatto ingiusto altrui (*b*). In senso proprio e partico-

(*ii*) fr. 25 pr. D. XXII, 3.—fr. 39 § 1 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*—fr. 59 § 1 D. XVII, 1 *Mandati.*—c. 2 C. V, 51 *Arbitr. tut.*

(*a*) fr. § 6 D. XVI, 3 *Depositi.*—fr. 23 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*b*) fr. 5 § 7, fr. 41 D. XXXVI, 7 *De aministr. et peric. tut.*—fr. 72 § 3 D. XXXV, 1 *De cond.* ed Hasse p. 248-254.

(*c*) fr. 1 § 35 D. XVI, 3 *Depositi.*—fr. 36 D. L. 17 *De reg. jur.*

(*d*) fr. 53 § 3 D, XLVII, 2 *De furt.*

(*e*) fr. 53 § 3 D. eod. confr. col fr. 4 D. XXVII, 5 *De eo, qui pro tut. negot. gess.* Zimmern nell'*Arch. della Prat. c.* I, 2. p. 252.

(*f*) fr. 52 § 3 D. XVIII, 2 *Pro socio* « *quia custodiam praestare debuit* (*socius*), *qui aestimatum accepit.* »

(*g*) fr. 91 pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*a*) C. G. Wehrn cap. VI. — J. F. Malblanc *Observ. quaed. de eo, quod interest.* Turp 1801 Schöman *Dottrina del risarcimento*, P. II, p. 84-189.—Hänel p. 83-104.

(*b*) fr. 13 pr. D. XLVI, 8 *Ratam rem haberi.*—fr. 21 § 2, fr. 22 § 1, fr. 33 pr. D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 1 § 41 D. XLIII, 16 *De vi et vi armata.* — c. un. C. VII. 47 *De sent. quae pro eo, quod interest.*

lare significa ciò che noi possiamo pretendere oltre la cosa od il suo prezzo di stima (*quanti ea res est*) (*c*). In senso strettissimo finalmente significa soltanto il danno positivo, se si tratta di sapere, p. e. se abbia luogo l'*actio furti* (*d*), *aquae pluviae arcendae* (*e*), e *de damno infecto* (*f*).

Circa la prestazione dell'*id quod interest* sono da osservarsi le seguenti regole:

1. l'obbligo di prestare l'*id quod interest* nasce da un'azione ingiusta, se taluno cioè fece qualche cosa che non avrebbe dovuto fare o non fece quanto dovea fare (*g*) (§ 465 e 466).

2. Come *id quod interest* dev'essere risarcito soltanto quel danno che derivò immediatamente dall'azione ingiusta, e che altrimenti per quanto può prevedere mente umana non sarebbe accaduto (*damnum ex re, circa rem*). Per ciò ogni qual volta è dubbio se taluno avrebbe fatto un guadagno o no, non corre obbligo di risarcire un tale guadagno (*h*), come non vi è dovere di riparare il danno positivo che, comunque nato da un'azione illecita altrui, avrebbe non pertanto potuto venire facilmente stornato dal danneggiato (*damnum extra rem*) (*i*).

3. nel determinar l'*id quod interest* le cose perdute si devono stimare secondo il valore comune e non secondo il prezzo di affezione (*k*), tranne se venga ammesso il giuramente estimatorio (confr. il § seg.).

4. In tutti i casi infine in cui si o tratta di quantità, o di cose di un valore determinato come nei contratti di compra-vendita, di locazione e simili, l'*id quod interest* per disposizione di Giustiniano non può sorpassare il doppio del prezzo; che se taluno si sia obbligato ad un'azione od altro che non consiste in quantità, e non abbia un valore determinato, in tal caso l'*id quod interest* viene fissato dal giudice (*l*).

Se qualcheduno consegnò una cosa che aveva dei difetti senza ch'ei lo sapesse, esso deve prestare l'*id quod interest*, solamente in quell'importo che il ricevente avrebbe dato di meno s'egli avesse conosciuto il difetto (*m*).

Anticamente era opinione pressochè universale che in negozii di stretto diritto non si potesse pretendere l'*id quod interest*, e che soltanto po-

(*c*) fr. 11 § 18 D. XIX, 1 *De act. emt. et vend.* — fr. 1 § 20 D. XXVII, 3 *De tut. et rat. distr.* — fr. 179, fr. 193 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*d*) fr. 71 (73) § 1 D. XLVII, 2 *De furt.*

(*e*) fr. 1 § 21 D. XXXIX, 5 *de aqua et aqua e pluv. arc.*

(*f*) fr. 26 D. XXXIX, 2 *De damno inf.*

(*g*) fr. 2 § 8. D. XIII, 4 *de eo, quod. certo loco.* — fr. 45 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 1 pr. D. XIX, 8 *De act. emt. e vend.*

(*h*) fr. 29 § 3 D. IX, 2 *Ac leg. Aquil.* « *Idemque Labeo et Proculus circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, aestimarunt.... Ubi damni injuria agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit; an caperentur. Idemque in venatoribus probandum* » fr. 2 § 8 D. XIII, 4 *de eo, quod certo loco*, confr. col fr. 19 D, XVIII, 6 e il fr, 21 § 3 D. XIX. 1 *de act. emt. et vend.* Vedi Gesterding *Risultato dell'esame di varie materie di diritto*, P. I. Greifswald 1826.

(*i*) fr. 21 § 3 D. XIX, 1 *De act. emt.* « *Nam pretium tritici, non servorum fame negatorum consequitur.* »

(*k*) fr. 33 pr. D. IX, 2. — fr. 63 pr. D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.* Confr. però fr. 54 pr. D. XVII, 1 *Mandati.*

(*l*) c. un. C. VII, 47 *de sent. quae pro eo, quod interest.* Intorno al senso di questa legge sono discordi i giureconsulti, a noi sembra più verosimile la seguente interpretazione Qualora l'oggetto da prestarsi consista in una data quantità di cose determinate in peso, numero o misura, ovvero in altra cosa avente un prezzo determinato, in tal caso non potrà l'*id quod interest* trascendere il doppio valore della cosa stessa In ciò abbiamo seguito la opinione di Kaufmann § XII. È d'altro avviso Hänel, 85, dove si accennano anche le opinioni di altri autori.

(*m*) fr. 45 D, XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 13 pr. D XIX, 1 *de act. emt.* Veggasi un caso di eccezione nel fr. 19 § 1 D. XIX, 2 *Locati.*

steriormente il Pretore abbia accordata a questo fine la così detta *condictio triticaria* (*n*).

A noi però sembra più verisimile che questa *condictio* coincida con ciò che circa i negozii di stretto diritto abbiamo detto nella prima nota al § 111 intorno ai negozj di stretto diritto. Si chiama infatti in generale *condictio* ogni azione che nasce da tali negozii, come sarebbe dalla stipulazione (§ 515), o da un contratto letterale (*literarum obligatio*) (§ 516), o da un testamento (*condictio ex testamento*) (§ 440 III), da un furto (*condictio furtiva* § 576), o da altra illecita azione (*condictio ob injustam turpem causam* etc. § 595) o finalmente dalla legge (*condictio ex lege 35 C, de donat. ec.*).

Chiamasi *condictio certi* (*si certum petatur*) se viene chiesto danaro (*o*); ma se oltrecchè al danaro vengono chieste altre cose determinate, tanto se siano mobili quanto immobili, che si possano determinare in numero, misura o peso, in tal caso ha luogo la *condictio triticaria* (*p*).

Anche con questa dunque si domanda sempre qualche cosa di certo fuorchè danaro; se poi si chiede la prestazione di un fatto, o dell'*id quod interest* indeterminato, allora l'azione si chiama *condictio incerti* (*q*).

(*n*) D XIII, 3 *de conditione triticaria.* Confr. Günther § 941. Intorno ai nomi di questa *condictio* Confr. Gans p. 53.

(*o*) D. XII, 1 *de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.* — fr. 1 pr. D. XIII, 3.

(*p*) fr. 1 pr. D. XIII, 3 Kaufmann § XII seguendo Glück la pensa in parte diversamente. Conf. Gans p. 48-56 ed 85-88. Thibaut § 276 e Warnkönig n. 433.

(*q*) fr. 4, pr. D. XXII, 1 *de usur.* — fr. 3 D. II, 5 *Si quis in jus voc. non ierit.* — fr. 75 § 4 D. *de legat.* I. — Gaji *Inst.* IV, § 49-53. Gans pag. 84.

§ 470.

Del giuramento estimatorio (*a*).

Il giuramento estimatorio (*jusjurandum in litem*) è quello col quale il danneggiato comprova l'importo del danno sofferto: esso ha luogo nei seguenti casi:

1. se qualcheduno fu danneggiato con dolo o per colpa lata (*b*);
2. se l'impetito cessò dolosamente di possedere (*c*) o se
3. si domanda la consegna, o la restituzione di una cosa, e l'impetito la ricusa per ostinazione (*d*).

Trattandosi di altre lesioni, specialmente se il danno sia stato cagionato da colpa lieve, il danneggiato non viene ammesso al giuramento estimatorio, ma il risarcimento si fissa dal giudice (*e*).

Del resto di regola il giuramento estimatorio ha luogo soltanto nel caso che sia stata intentata un'azione *di buona fede* od un'azione *arbitraria* (*f*).

Se l'azione nasce da un testamento o da una stipulazione, non si suole ammettere il giuramento estimatorio (*g*); tuttavia anche trattandosi di un'azione di stretto Diritto devesi talvolta far luogo al medesimo, perchè il giudice non può senza giuramento stimare cose che più non esistono (*h*).

Da principio si poteva determinare con giuramento anche il prezzo d'af-

(*a*) D. XII, 3. — C, IV, 53 *de in litem jurando.* Gensler *Cenni sul giuramento estimatorio, Arch. della Prat. c.* IV, 2, p. 293.

(*b*) fr. 5 § 3 D. XII, 3.

(*c*) fr. 68 D. VI, 1 *de rei vind.*

(*d*) fr. 1, fr. 2 D. XII, 3. — c. 2 C. IV, 53.

(*e*) fr. 4 § ult., fr. 5 § 3 D. XII, 3 — c. 2 C. V, 53.

(*f*) fr. 68 in fine. D. VI, 1 *De rei vind.* — fr. 3 pr. D. XII, 3. — fr. 3 § 2 D. VIII, 6 *Commod.*

(*g*) fr. 6 D. XII, 3.

(*h*) fr. 5 § 4 D. eod.

fezione, e perciò qualunque prezzo ad arbitrio (*i*), ed era concesso al giudice solo per fondati motivi di fissare certi limiti (*k*); ma secondo l'ultima Costituzione in proposito di Giustiniano (*l*), crediamo che ora non si possa giurare più del doppio del valore di una quantità od altra cosa che abbia un determinato prezzo di stima.

Il giuramento che si suol chiamare *Zenoniano* differisce dal giuramento estimatorio in ciò, che quello ha luogo trattandosi di cose occupate od apprese con violenza, o di un danno cagionato in tempo di un'irruzione violenta, ed anzi solamente allora che il danneggiato non può provare le particolarità del danno. Anche in questo caso si poteva confermare con giuramento il prezzo d'affezione, ma non oltre l'importo fissato dal giudice (*m*).

§ 471.

III. *Della mora* (*a*).

Per *mora* (*mora frustratio* (*b*) *cessatio*) (*c*), s'intende un ingiusto ritardo all'adempimento di un'obbligazione (*d*). Di regola, è ingiusto quel ritardo che nasce da colpa o da malizia (*e*); ma qual colpa debbasi intendere, ciò non fu stabilito nè da costituzioni imperiali, nè da responsi dei giureconsulti; e si deve quindi rimettere al prudente arbitrio del giudice (*f*) il determinarlo.

Se il debitore non pagò a tempo debito, chiamasi *mora solvendi*; e *mora accipiendi* se fu il creditore che non accettò a suo tempo il pagamento (*g*).

Il debitore in regola viene costituito in mora soltanto dall'interpellazione del creditore (*h*) (*mora ex persona*); la interpellazione dee seguire a luogo e tempo debito; e se il debitore è un pupillo o curando, si deve interpellare il tutore o il curatore (*i*).

Talvolta il debitore si trova in mora anche senza interpellazione (*mora ex re* (*k*) *mora in rem*) (*l*), e ciò ha luogo:

1. quando l'epoca del pagamento è

(*i*) fr. 2 § 1, fr. 4 § 2, fr. 8 D. XII, 3. — fr. 54 pr. D. XVII, 1 *Mandati*.

(*k*) fr. 4 § 2, 3, fr. 5 § 1 D. XII, 3.

(*l*) c. un. C. VII, 47. Di altra opinione è Wening II, 3 § 17. Attiensi alla nostra Muhlenbruch I, § 198, confr. anche Hänel § 95.

(*m*) c. 9 c. VIII, 4 *Unde vi* e arg. fr. 1 § 41 D. XLIII, 16 *De vi* Confr. anche il presente § più sopra.

(*a*) Wehrn, cap. V. — Schöman sul risarcimento P. II, p. 10 e frammenti dalle sue *Lezioni di Diritto civ. e crim.* p. 1 — Hänel pag. 75. — Henr. Lotz *Dissertatio de morae initio*. Wirceb 1825.

(*b*) fr. 37 D, XVII, 1 *Mandati*. — fram. 3 § 4 D. XXII, 1 *De usur*.

(*c*) fr. 17 pr. D. XXII, 1 *de usur*.

(*d*) fr. 21 D. XXII, 1. — fr. 5 fr. 40 D. XII, 1 *de reb. cred.* - Non vi osta il fr. 137 § 4 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — Hänel spiegò egregiamente questo passo nel § 70 nota *a*.

(*e*) Confr. la penultima nota di questo paragr.

(*f*) fr. 32 pr. D. XXII, 1.

(*g*) fr. 37 D. XXII, 1 *Mandati*. — fram. 105 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*h*) fr. 32 pr. § 1 D. XXII, 1. Non è prescritto in nessun luogo dei fonti che la diffida debba essere giudiziale. Richiedesi però assolutamente, non solo che sussista il debito, ma che possa già domandarsene il pagamento, fr. 127 D. XLV, 1. — fr. 88 D. L, 17 *de reg, jur.*; se quindi sarà stato diffidato il debitore innanzi al giorno della scadenza, non sarà perciò caduto in mora, fr. 49 § 3 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* Non sarà in mora nemmeno quello che nella sussistenza di crediti reciproci, dopo che ebbe ricevuto quanto gli si aspetta, non presta ciò che gl'incombe di prestare, *Vaticana Fragm.* § 2 — c. 5, c. 13, C. IV, 49 *de act. emt.* Non vi si oppongono fr. 13 § 20, fr. 47 in fine D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 5 § 1 e 2, D. XIX, 5 *de praescr. verb.*

(*i*) fr. 32 pr. § 1 D. XXII, 1 — fr. 24, fr. 49 § 2 D. XLV, 1 — fr. 5 § 20 D. XXXVI, 4 *Ut in poss. mitt.* La diffida praticata verso il procuratore del debitore ha effetto soltanto qualora sia stata notificata allo stesso debitore, fr. 20 § 11 D, V, 3 *de hered. pet.*

(*k*) fr. 32 pr. D, XXII, 1.

(*l*) c. 7 C. IV, 7 *de condict. ob. turpem causam.*

fissata con testamento contratto (*m*), ovvero

2. dalla legge come nei seguenti casi:

a. quelli che posseggono in mala fede, o sono obbligati alla restituzione, si ritengono in mora dal primo istante dell'acquistato possesso (*n*);

b. se non vi è alcuno che possa essere impetito, purchè il debitore non sia stato costretto d'intraprendere un viaggio per affari di stato cosicchè egli non potesse istituire un mandatario, o se fosse caduto in poter dei nemici (*o*);

c. trattandosi di pretese dei minorenni (*p*) e del fisco (*q*) pel non seguito pagamento, quantunque non fosse stabilito alcun termine al pagamento;

d. se l'enfiteuta mancò di pagare il canone per due anni trattandosi di un bene ecclesiastico, e per tre anni trattandosi di un bene non ecclesiastico (confr. § 230) (*r*).

e. nei legati e fedecommessi lasciati per cause pie, la cui prestazione non può venir differita, quantunque non segua alcuna interpellazione (*s*) (confr. § 439);

f. se mediante un fedecommesso venne lasciata la libertà ad uno schiavo (*t*);

g. la dote promessa da un estraneo deve essere prestata entro due anni, cosicchè trascorso questo termine il debitore è in mora (*u*) (confr. § 557).

Il creditore è in mora dal momento che gli viene offerto in modo legale, e in luogo e tempo debito, il pagamento scaduto (*v*), ed egli lo rifiuta senza motivo legittimo (*x*).

Il creditore è in mora anche allorchè per motivi di salute o dal tempo o dalla forza fu impedito di recarsi al luogo del pagamento, dove il debitore era effettivamente pronto a pagarlo (*y*), ovvero se egli fu dal debi-

(*m*) Contra questo principio insorse fra' moderni specialmente Neustetel nell'*Arch. della Pr. civ.* V, 2, p. 221. A sostegno però della comune sentenza scrisse Thibaut nello stesso *Arch.* VI, 1, pag. 45. Alla opinione del primo si attennero Wening II, n § 102, Warchönig 3. 512, alla comune sentenza Mackeldey § 345, Seuffert § 245, Muhlenbr. § 192 ritiene distinguersi gli affari di stretto diritto e quelli di buona fede. A noi sembra più verosimile la opinione comune, specialmente in vista del fr. 5 D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 47 D. XIX, 1 *de act. emt. vend.* — fr. 5 pr. D, L, 10 *de oper. publ.* « Si dies datus est, *semisses protinus pendant.* » — c. 12 C. VIII, 38 *de contr. et comit. stip.* « *quum ea, quae promisit, ipse in memoria suo servare,* non ab aliis sibi manifestari debeat poscere » fr. 114, fr. 135 § 2 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — c. 10 C. IV, 49 *de act. emt.* Veggasi nel trattato di Thibaut p. 54 per quale ragione non ostino i fr. 17 § 4, fr. 32 pr. D. XXII, 1 — fr. 49 § 3 D, XLV, 3 *de verb. oblig.* — Di recente Schröter nel *Giorn. di Dir. civ. e Pr.* IV, 1, pag. 100 sostenne con alcune modificazioni la opinione di Neustetel e di altri più antichi scrittori: contro di lui insorse di nuovo Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* XVI, 2, p. 182. Schröter tornò a difendere la sua opinione nel *Giorn. di Dir. e Pr. civ.* VII, 1 p. 84-120. Ma a fronte della ingegnosa dimostrazione di quest'ultimo sembra meritare la preferenza la opinione di Thibaut.

(*n*) fr. 14 § 11 D, IV, 2 *Quod metus causa.* — fr. 19 D. XLIII, 16 *de vi.* — c. 7 C, IV, 7 *de cond. ob. turp. causam.* — fr. 8 § 1, fr. ult. D. XIII, 1 *de condict. furt.* — fr. 18 pr., fr. 20 § 21 D, V, 3 *de hered. pet.*

(*o*) fr. 23 D, XXII, 1.

(*p*) c, 3, C, II, 41 *In quib. caus. in integr. rest. necessaria non est* — fr. 26 § 1 in fine D, XL, 5 *de fideicomm. libert.* Le leggi non parlano che di affari di buona fede.

(*q*) fr. 17 § 5 D, XXII, 1.

(*r*) c. 2, C, IV, 66 *de jure emphyt.* « *cum neminem oporteat, admonitionem expectare, sed ultro sese offerre.* »

(*s*) c. 46 § 4 C. I, 1 *de episcop. et cleric.* — § 7 *Inst.* III, 27 (28) *de oblig. quasi ex contractu* — Nov. 131 c. 12.

(*t*) fr. 5 D, IV, 4 *de minor.* — fr. 26 § 1 D, XL, 5 *de fideicomm. libert.*

(*u*) c. ult. § 2 C. V, 12 *de jure dot.*

(*v*) fram. 72 § 3 D. XLVI, 1 *de solut. et liber.* « *non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi potest.* »

(*x*) fr. 9 § 5 D, XIII, 7 *de pign. act.* — fr. 122 pr. D, XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 39 D, XLVI, 3 *de solut.* — fr. 39 D, L, 17 *de reg. jur.* — c, 6, 19, C. IV, 12 *de usuris.* — Nov. 91, c. 2 — Non si richiede deposito giudiziale. fram. 72 pr. D, XLVI, 3.

(*y*) fr. 18 pr. D, XIII, 5 *de pec. constit.*

tore per qualche legittima causa citato in Giudizio, e non comparve (*z*).

§ 472.

Effetti comuni della mora.

Gli effetti della mora, comuni tanto al creditore che al debitore, sono:

1. Che il danno fortuito nato al momento della mora è a pregiudizio di quello che è in mora. Riguardo al creditore, ciò non va soggetto al minimo dubbio (*a*); ma riguardo al debitore, quantunque la sua obbligazione continui per la mora a sussistere, mentre se egli all'incontro non fosse in mora, sarebbe liberato col deperimento fortuito della cosa dovuta (*b*), si deve distinguere se la cosa sarebbe egualmente per lo stesso caso fortuito deperita anche presso il creditore, o no. Poichè se il debitore prova che la cosa sarebbe egualmente per lo stesso caso deperita anche presso il creditore, esso va esente dal danno (*c*), purchè il creditore non possa all'incontro provare ch'egli avrebbe potuto alienare la cosa ancor prima dell'infortunio (*d*) (confr. § 222 in fine).

2. Se a scanso della mora del debitore o del creditore venne stabilita una pena convenzionale, deve questa essere pagata da chi fu in mora (*e*).

(*z*) c. 4, C. V, 56 *De usur. pupill.*

(*a*) fr. 72 pr. D. XLVI, 3 *de solut.*

(*b*) fr. 12 § 4 D. X, 4 *Ad exhib.* — fr. 5 D. XII, 1 *de reb. cred.*—fr. 82 § 1, fr. 91 § 3, 4 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 58 § 1 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — c. 3 C. VI, 47 *de usur. et fruct.*

(*c*) fram 14 § 11 in fine D. IV, 2 *Quod metus causa* — fr. 14 § 1 D. XVI, 3 *depositi.*

(*d*) fr. 40 pr. D. V, 3 *de hered. pet.*—fr. 15 § 3 D. VI, 1 *de rei vind.* — fr. 47 § 6 D. *de legat.* I. Sulle opinioni di altri scrittori confr. Glück IV, § 330, p. 414-417.

(*e*) fr. 23 pr. D. IV, 8 *de recept.* — fr. 40 D. XII, 1 — fr. 47 D. XIX, 1 *de act. emt.*

§ 473.

Effetti particolari della mora del debitore, e di quella del creditore.

Gli effetti particolari della mora del debitore sono i seguenti:

1. il debitore deve pagare tutti i frutti percetti fin dal principio della mora, la *id quod interest*, e nei contratti di buona fede anche gl'interessi (*a*);

2. la responsabilità per la colpa si accresce; poichè in quegli affari in cui non si risponde di ogni colpa, dal momento della mora il debitore è tenuto alla diligenza di un attento padre di famiglia (*b*);

2. il creditore può recedere dall'affare se ciò fu stipulato, o se la prestazione, attesa la mora gli diventa inutile (*c*);

4. la mora del debitore aumenta il prezzo della cosa, cui il moroso deve pagare al creditore. Se il debitore infatti non adempì in tutto debito il proprio dovere, bisogna distinguere se venne o no fissato pel pagamento un certo giorno e luogo: nel primo caso viene attribuito alla cosa lo stesso valore che avea nel luogo e giorno determinato pel pagamento (*d*); nel secondo caso deve il debitore venir condannato a pagare il prezzo che correva all'epoca che la cosa ebbe il massimo valore, cioè o nel giorno che avrebbe dovuto seguire la consegna, o all'epoca della decisione del processo, avuto pure riguardo al luogo in cui

(*a*) fr. 17 § 1 D. VI, 1 *de rei vind.* — fr. 3 pr. fr. 38 § 1, 14 D. XXII, 1 *de usur.* — fr. 8 § 6 D. XLIII, 26 *de precar.*-fr. 114 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*b*) fr. 8 § 6 D. XLIII, 26 *de precario* — fr. 14 § 11 D. XLVII, 2 *de furt.*

(*c*) arg. fr. 24 § 4 D. XIX, 2 *Locati* — fr. 135 § 2 D. LXV, 1 *de verb. oblig.* — c. 6 C. IV, 54 *de pact. inter emt. et vend.*

(*d*) fr. 22 D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 59 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

la cosa valeva di più, cioè o dove fu promessa, ovvero dove fu intentata l'azione (*e*). Soltanto trattandosi di furti e rapine bisogna aver puramente riguardo al tempo in cui la cosa quando che sia ebbe il massimo prezzo (*f*).

S'è in mora il creditore, viene il debitore

1. assolto da tutti gli effetti dannosi della mora (*g*)

2. è soltanto responsabile per la colpa lata, mentre prima lo era anche per la lieve (*h*); anzi il debitore

3. può liberarsi intieramente dal suo obbligo, se egli suggella il danaro, e lo deposita in un luogo sicuro (*i*), o se egli abbandona la cosa che devea prestare, e che il creditore non accettò a tempo debito, e se la versa s'è liquida; egli tuttavia non è autorizzato a ciò fare di avere avvertito il creditore che egli abbisogna dei recipienti, p. e. delle botti o simile, e che perciò debba il creditore trasportare la cosa, od aspettarsi altrimenti che venga versata (*k*).

4. Ogni qual volta il creditore può ripetere il prezzo della cosa deperita o deteriorata per colpa del debitore, si deve calcolare il valore che avea la cosa al tempo che fu intavolata l'azione, ed aver riguardo al luogo dove il detto valore fu più basso (*l*). Se sono in mora il debitore, ed anche il creditore, cosicchè la cosa dovuta non fu prestata e consegnata; in tal caso si ritiene per colpevole il solo creditore, poichè finchè questo è in mora, non si può supporre che la mora sia derivata dal debitore in pregiudizio del creditore (*m*).

§ 474.
Riparazione della mora.

I pregiudizievoli effetti della mora vengono riparati (*mora purgatur, emendatur*), se il debitore prima della contestazione della lite (*a*) adempia il suo obbligo, od offra ciò ch'egli deve dare, ed il creditore lo accetti, oppur ricusi di accettarlo senza una causa legittima (*b*). Lo stesso valer deve per analogia anche nel caso che il creditore moroso dichiari di essere pronto a ricevere la prestazione. Con ciò cessano per l'avvenire i pregiudizievoli effetti della mora (*c*), ma il moroso resta responsabile per le conseguenze del tempo passato (*d*), tranne se la obbligazione fosse estinta mediante accettazione pura (*e*), o in altro modo p. e. mediante novazione o prestazione, nel qual caso resta del pari estinta ogni pretesa dipendente dalla mora (*f*). Se la mora del creditore e quella del debitore hanno luogo in tempi diversi, perciò che concerne

(*e*) fram. 3 § 3 D. XIX, 1 *de act. emt.* e Glück XIII, p. 292 — fr. 3 D. XIII, 3 *de condict. tritic.* Trattandosi di affari di stretto diritto, è a vedersi quando sia stata contestata la lite, fr. 3 § 2 D. XIII, 6 *Commod.*

(*f*) fr. 8 § 1 D. XIII, 1 *De condict. furt.* È di altra opinione Glück XIII, p. 290 Ma nella indicata maniera possono sussistere insieme quelle due leggi, sebbene sembrino di diversa natura.

(*g*) fr. 23 § 3, fr. 24, fr. 43 D. IV, 8 *De rec.* fr. 122 § 3, 5 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*h*) fr. 17 D. XVIII, 6 *De peric. et commod. rei ven.* — fr. 9 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(*i*) fr. 28 § 1 D. XXVI, 7 *De admin. et peric.* — Zimmern nell' *Arch. della Prat. c.* III. 1, p. 121.

(*k*) fr. 1 § 3 fr. 2 pr. D. XVIII, 6 *de peric. rei vend.* Zimmern p. 129.

(*l*) fr. 3 § 4 D. XIX, 1 *de act. emt.*

(*m*) fr. 51 pr. D. XIX, 1 eod., rischiato dal prof. Fritz nell'*Arch. della Pr. c.* X, 1, p. 158. Il fr. 17 D. XVIII, 6 *de peric.* non vi si oppone avvegnachè non tratta della mora contemporanea. Sono di altra opinione p. e. Kaufman § XIV, nota *o*, ed Hebb nel *Gior. crit. di Dir*, Tubinga IV, 1, p. 51.

(*a*) fr. 84. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*b*) fr. 23 pr. D. IV, 8 *de recept.* — fr. 73 § 2, fr. 91 § 3 D. XLV, 1.

(*c*) fr. 73 § 2, fr. 91 § 3 D. eod.

(*d*) fr. 23 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*e*) fr. 23 pr. D. IV, 8 *de recept.*

(*f*) fr. 8 pr., fr. 15 D. XLVI, 2 *de novat.*

il tempo susseguente, nuoce soltanto la mora posteriore (*g*).

§ 475.
IV. *Degl' interessi* (*a*).

Ciò che si deve dare per l'uso di cose fungibili lasciatoci da un terzo, o da noi appropriatoci, si comprende sotto il nome d'*interessi* (*usura, foenus*) (*b*). Le cose fungibili, di cui si fa uso, si chiamano *capitale* (*sors*) (*c*). Gl'interessi si devono prestare della medesima specie del capitale (*d*); e perciò vengono anche chiamati un'accessione del medesimo (*e*). Se il capitale è di una specie e gl'interessi di un'altra, allora non si danno interessi propriamente detti, ma si dà qualche cosa in luogo d'interessi (*f*).

Questi si danno per l'uso di cose fungibili, ed ordinariamente il danaro (*usurae pecuniariae*); talvolta per altro anche di altre cose, come di biade, vino, olio e simili (*g*). Per l'uso d'oro, argento, animali da soma, ed altre cose mobili non fungibili, si pagano interessi solamente quando esse furono consegnate per un prezzo determinato di stima, nel qual caso gl'interessi si pagano per questo prezzo (*h*).

Siccome gl'interessi vengono considerati come un'accessione del capitale, così è naturale che non si pagano interessi quando non esista un debito, o quando sia già estinto, e che quindi mediante la *condictio indebiti* (§ 594) si possono ripetere quegli interessi i quali ciò non ostante si fossero pagati (*i*).

Se qualcheduno prese anticipatamente per un dato tempo interessi dal debitore (*usurae anticipatae*), sembra aver egli tacitamente acconsentito di non esigere durante questo tempo il capitale (*k*).

§ 476.
Fondamento dell'obbligo di pagare interessi.

O il fondamento legale degl'interessi consiste in una obbligazione, od essi devono venire aggiudicati d'officio (*a*). Gl'interessi che competono d'officio si devono prestare soltanto col capitale, e non si possono esigere

(*g*) fr. 17 D. XVIII, 6 *de peric. et commod.* — fr. 51 § 1 D. XIX, 1 *de act. emt.* - fr. 26 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(*a*) D. XXII, 1 *de usuris et fructibus.* — C. IV, 32 *de usuris.*

(*b*) fr. 4 D. hujus tit.

(*c*) fr. 24 D. XIX, 5 *de praescr. verb.* — c. 3 C. IV, 32 hujus tit.

(*d*) c. 23 C. hujus tit.

(*e*) fr. 24 D. XVI, 2 *Depositi.*

(*f*) c. 14 c. 16 C. hujus tit. — fr. 1 § 3, fr. 11 § 1 D. XX. 1 *de pign. hypoth.* Da ciò ne consegue che in tal caso non possan applicarsi i principii relativi agl'interessi, se per eludere la legge non si avesse stipulato siffatta convenzione, c. 16 C. hujus tit.

(*g*) c. 12, c. 23 C. hujus tit. — Nov. 34 c. 1.

(*h*) fr. 3 § 4, fr. 17 § ult. D. hujus tit. — c. 8 C. IV, 2 *Si certum pet.* — c. 23 C. hujus tit. — c. un. § 7 C. V, 13 *de act. et stip.*

(*i*) fr. 26 § 2 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — c. 19, c. 26 pr. C. hujus tit. — Qualora poi si avesse deliberatamente pagato per un tempo interessi, questo fatto obbliga a proseguirne il pagamento nella stessa guisa che per tacita convenzione uno si è tenuto a proseguire la consuetudine, fr. 6 D. XXII, 1 hujus tit. Müller p. 232-252.

(*k*) fr. 56 (57) pr. D. II, 14 *de pact.* Roder nelle sue *Dissert. di Dir. civ.* I, 4 p. 93 è di opinione, che ciò valga soltanto rispetto all'anticipazione degl'interessi negli anni posteriori, mentre per c. 26, § 1 C. IV, 32 *de usur.* era vietata, a suo credere, l'anticipazione degl'interessi al principio del primo anno. Ci sembra però arbitraria la determinazione di un anno, giacchè nella legge non è in alcun luogo fissato un termine pel pagamento degl'interessi; anzi la espressione *usurae centesimae* accenna chiaramente che di ordinario venivano esatti gl'interessi di mese in mese (§ 477).

(*a*) fr. 49 § 1 D. XIX, 1 *de act. emt. vend.* — fr. 54 pr. D. XIX, 2 *Locati.* — fr. 58 pr. D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* A questa divisione che i compilatori del corpo delle leggi romane stabilirono, ci siamo attenuti ancor noi, sebben la massima parte dei Giureconsulti seguendo Weber adottino altre distinzioni (Kaufmann § XV), attesochè da tale divisione dipenda la diversa natura degl'interessi.

separati da questo (*b*); e perciò pei soli interessi non viene accordata veruna'azione particolare: e se è stata pronunziata una sentenza circa il solo capitale, un'azione posteriore per gl'interessi può venire respinta mediante l'eccezione della cosa giudicata (*c*). Gl'interessi all'incontro che derivano da una obbligazione, si possono ripetere con un'azione separata (*d*). Di quest'ultima specie sono quegl'interessi che devono venir pagati in forza di un testamento (*e*), di una stipulazione, o di un patto che fu immediatamente aggiunto ad un contratto di buona fede (§ 544) (*f*).

È da osservarsi che gl'interessi promessi in un contratto non hanno alcun vigore se non ne fu determinata la misura, come se p. e. qualcheduno promette gl'interessi che competeranno al contraente (*g*).

D'officio (*judicis officio, ipso jure*) si devono pagare interessi:

1. in causa di un trascorso o colpa; quelli cioè che impiegarono arbitrariamente per sè stessi il danaro altrui (*h*), e gli amministratori che avrebbero potuto mettere a frutto danaro altrui e non lo fecero, sono obbligati di pagare interessi (*i*);

2. per la mora, in tutti i contratti di buona fede, ma non in quei di stretto Diritto (*k*); poi nei legati, fedecommessi (*l*), e trattandosi di quei danari che sono da pagarsi in forza di una *pollicitazione* (*m*). Il fisco poi non paga interessi di mora, tranne s'egli subentrò in luogo di un creditore privato (*n*);

3. deve per legge pagar interessi chi trasse utilità dal danaro altrui (*o*); e perciò si devono pagare interessi al socio, al tutore, al curatore, al procuratore, ed all'agente senza mandato, pel danaro da essi impiegato (*p*). Anche il compratore dopo la consegna della cosa comprata deve pagare interessi pel prezzo d'acquisto ancora insoluto, mentre non sarebbe giusto ch'esso godesse i frutti della cosa comprata, ed anche del suo correspettivo (*q*);

4. finalmente in virtù di un privilegio particolare il fisco ed i minorenni hanno il diritto di pretendere interessi per qualunque non seguito pagamento, benchè non abbia avuto luogo mora (§ 471).

§ 477.

Della misura degl'interessi.

I Romani, onde prevenire le usure, aveano in più modi limitato il diritto dei creditori agl'interessi (*a*), e ciò

(*b*) fr. 49 § 1 D. XIX, 1 *de act. emt.*

(*c*) c. 4 C. IV, 34 *Depositi* — c. 13 C. IV, 32 hujus tit.

(*d*) fr. 75 § 9 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 8 in med. D. XIII, 4 *de eo, quod certo loco* — c. 1 C. III, 1 *de jud.*

(*e*) fr. 3 § 6 D. XXXIII, 1 *de annuis legat.*

(*f*) fr. 24 D. XVI, 3 *Depositi* — c. 5 C. IV, 54 *de pact. inter emt.* Ma neppure degl'interessi pagati in vigor di un contratto che non dia veruna azione, non si può ripetere la restituzione, nè si possono dedurre dal capitale, c. 3 c. 4 C. hujus tit. — fr. 5 § 2 D. XLVI, 3 *de solut.* anche il § 504.

(*g*) fr. 31, fr. 41 § 2 D. hujus tit.

(*h*) fr. 38 D. III, 5 *de negot. gest.* — fr. 28 in fine D. XVI, 3 *Depositi* — fr. 10 § 3 D. XVII, 1 *Mandati* — fr. 1 § 1 D, XXII, 1 hujus tit. — fr. 7 § 4, 10, 12 D. XXVI, 7 *de admin. et peric. tut.*

(*i*) fr. 19 § 4 D. III, 5 - fr. 9 pr. D. L, 8 *de admin. rer. ad civ.* — c. 24 C. hujus tit. (*de usur.*) Confr. però il § 166 nota *d* e *e*.

(*k*) fr. 32 § 2, 3 D. hujus tit. — fr. 24 D. XVI, 3 *Depositi.*

(*l*) fr. 34 D. hujus tit.

(*m*) Quando cioè la pollicitazione sia per sè valida § 480 e fr. 1 D. L, 12 *de pollicit.*

(*n*) fr. 17 § 5 D. XXII, 1 hujus tit.

(*o*) fr. 10 § 5 D. XV, 3 *de in rem verso* — fr. 10 § 3 D. XVII, 1 *Mand.*

(*p*) fr. 37 D. hujus tit. — fr. 67 § 2 D. XVII, 2 *Pro socio* - fr. 3 § 1, 4 D. XXVII, 4 *de contr. tut. et util. act.*

(*q*) fr. 13 § 20 D. XIX, 3 *de act. emt.*

(*a*) Intorno alle leggi antiche confr. Niebuhr *Storia rom.* II, p. 431. Schrader nel *Mag. civ.* di Ugo V, p. 188 e Warnkönig n. 570.

I. in quanto alla *misura*. Ad una persona illustre o di rango ancora più alto avea permesso Giustiniano in regola il quattro, ai mercanti l'otto, e ad altre persone il sei per cento all'anno (*b*). Gl'interessi di legge sono di regola il quattro per cento (*c*). In via di eccezione è permesso il dodici per cento:

1. nel *foenus nauticum* (§ 545) e nel mutuo che non consiste in danaro (*d*);

2. in virtù di una sentenza giudiziale, se quelli che furono condannati a prestazioni in danaro protrassero il pagamento oltre quattro mesi dal giorno della condanna, o se fu interposta l'appellazione, dal giorno della confermata sentenza (*e*).

3. trattandosi delle spese che incontrò il comproprietario di una fabbrica pei ristauri della medesima, ai quali l'altro cointeressato avesse negato di contribuire in proporzione (*f*);

4. trattandosi di danaro altrui che taluno amministra, s'egli lo impiega per uso proprio segretamente e con dolo (*g*).

II. È prescritto che gl'interessi non abbiano a sorpassare la somma del capitale (*ultra alterum tantum*) (*h*).

III. Finalmente è vietato di prendere interessi d'interessi (*anatocismus*); sia poi che sia stato pattuito che gl'interessi insoluti debbano aggiungersi al capitale (*anatocismus conjunctus*), ovvero costituire un nuovo capitale (*anatocismus separatus*) (*i*): tuttavia questa legge non ha applicazione se gl'interessi assumono nella persona di un terzo la natura di un capitale, ciò che può avvenire cambiandosi il debitore (*k*) o il creditore (*l*).

Quelli che si sono stipulati interessi maggiori dei legati non li possono esigere; e se tali interessi furono già pagati, il debitore li può ripetere colla *condictio indebiti*, o si possono dedurre dal capitale (*m*). Del resto, a quelli che pattuivano interessi illeciti era minacciata anche l'infamia (*n*).

Estinto il capitale, cessano anche gl'interessi (§ 475), come cessano del pari se il creditore espressamente o tacitamente li condona; si ritiene poi per una condonazione tacita almeno

(*b*) c. 26 § 1 C. IV, 32 *de usur.* — Appellavasi presso i romani il dodici per cento *centesima usura:* così, dato un capitale di cento zecchini, se ne pagava uno al mese, poichè solevano i romani mensilmente esigere gl'interessi. Questa centesima parte del capitale consideravanla i romani come *aes usurarius*, cui dividevano in dodici once: perciò *unciarium foenus* indica un per cento, *sextantes* due per cento, *quadrantes* tre per cento, *trientes* quattro per cento, *quincunces* cinque per cento, *besses* otto per cento, *dodrantes* nove per cento, *decunces* dieci per cento, *deunces* undici per cento, *centesimae* dodici per cento.

(*c*) Nov. 22, c. 44 § 4 — fr. 3 § 2 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falc.* — Nov. 2 C. 4 — Nella c. 12 pr. C. III, 31 *de pet. hered.* si fa menzione perfino di interessi al solo tre per cento, confr. Buchholtz nelle sue *Dissert. giur.* n. 23.

(*d*) c. 23 c. 26 C. hujus tit. Dagli agricoltori è permesso sopra ogni moggio di prendere l'ottava parte per anno, Nov. 32 c. 1 (*non gloss.*) — Nov. 34 c. 1.

(*e*) c. 2, 3 C. VII, 54 *de usur. rei jud.*

(*f*) c. 4 C. VIII, 10 *de aedif. priv.*

(*g*) fr. 38 D. III, 5 *de neg. gest.* — fr. 10 § 3 D XVII, 1 — fr. 54 D. XXVI, 7 *de admin. et per. tut.*

(*h*) La c. 10 C. IV, 32 hujus tit. tratta soltanto d'interessi arretrati. Ma per la c. 20, 30 C. eod. - Nov. 121, c. 2 e la Nov. 138 venne esteso questo principio anco ad interessi pagati in rate. si deve per altro notare che questi passi non sono glossati.

(*i*) fr. 26 § 1 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 29 D. XXII, 1 *de usur.* - c. 28 C. IV, 32 *de usur.* — c. 3 pr. C. VII, 54 *de usur. rei jud.*

(*k*) Se p. e. il mandatario avesse esatti gl'interessi dal debitore del suo mandante e gli avesse adoperati per sè, fr. 10 § 3 D. XVII, 1 *Mandati.*

(*l*) Così a cagion d'esempio se l'amministratore di affari altrui senza mandato avesse pagati gl'interessi per quello in cui nome trattò l'affare, fr. 37 D XXII, 1.

(*m*) c. 26 § 1 D. IV, 32.

(*n*) c. 20 C. II, 12 *Ex quib. caus. infam. irrogatur.*

in parte, se il debitore per più anni pagò interessi più bassi di quelli che il creditore si avea stipulati; poichè se questi pretende in seguito in forza del contratto interessi più alti, gli si potrebbe opporre l'*exceptio pacti* ovvero *doli* (*o*). Gl' interessi di mora cessano mediante la *purgatio morae* (§ 474) (confronta anche il n. II. di questo §).

§ 478.
Dell' interusurium.

Si chiama *interusurium* (*commodum repraesentationis*) quel vantaggio che deriva al creditore quando il debitore paga prima della scadenza, vantaggio ch'egli deve compensare al debitore (*a*). Il computo dello stesso è necessario sopra tutto quando viene restituito prima della scadenza (*repraesentatur*) un capitale che non portava interessi, ovvero interessi molto bassi (*b*), ovvero se col pagamento anticipato si ledono i diritti di un terzo (*c*).

Dietro qual regola sia da computarsi l' *interusurium* è cosa controversa. Carpzov opina che chi restituisce un capitale non fruttifero possa trattenersi una somma eguale agl' interessi, che il creditore può nel frattempo percepire dallo stesso capitale (*d*). I modi usati da Hoffmann (*e*) e Leibnitz (*f*) nel computare questi interessi convengono in ciò, che il debitore abbia a pagare una tal somma la quale, unita agl' interessi che il creditore frattanto può da quella somma percepire, pareggi il capitale dovuto; ma differiscono poi in ciò che secondo Hoffmann si calcolano soltanto gl' interessi semplici e secondo Leibnitz anche gl' interessi degl' interessi (*g*).

Quantunque la massima di Leibnitz considerata matematicamente sia la più giusta, nonnostante la maggior parte segue al presente la massima di Hoffmann, la quale corrisponde più d' ogni altra all'equità ed ai principj del nostro Diritto (*h*).

CAPO II.
Dei contratti in genere.

§ 479.
Definizione del contratto.

Un contratto (*conventio*) in generale è una promessa accettata (*a*) e (*b*).

(*o*) fr. 13 D. hujus tit. — c. 5, 8 C. hujus tit. (*de usuris*).

(*a*) fr. 9 § 8 D. XV, 1 *de pecul.* — fr. 82 pr. D. *de legat.* II — fr. 66 p. D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.*

(*b*) Se il debitore spontaneamente paga, non si potrà certo in questo caso pretendere l'*interusurium*, fr. 70 D. XLVI, 3 *de solut.* — fr. 17 D. L. 17 *de regul. jur.*

(*c*) fr. 1 § 10 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.*

(*d*) Carpzov *Decis.* P. III, *Decis.* 275. Secondo lui, chi p. e. paga oggi cento fiorini che avrebbe dovuto soddisfare soltanto entro un anno, trattiensi il sei quale interesse ordinario che il creditore potrebbe guadagnare in quell'anno dando a mutuo il capitale suddetto. Ma questo computo viene oggi da tutti gli scrittori rigettato, essendochè al creditore si farebbe un'aperta ingiustizia, mentre questi dopo un anno sopra novantaquattro non consegue il sei per cento.

(*e*) G. A. Hoffmann intorno al calcolo dell' *interusurium* nella *Mat. forense* di G. P. Polack ediz. terza p. 129.

(*f*) G. G. Leibnitz *Meditatio jurid. math. de interusurio. In act. erud.* anno 1683, p. 425.

(*g*) Secondo Leibnitz si fa quindi il calcolo come segue: se il debitore paga oggi un capitale che sarebbe tenuto di soddisfare soltanto entro un anno, dovrebbe il creditore, ammesso l'interesse del cinque per cento, compiuto l'anno corrispondergli il cinque per cento, oppure il 100/20; ma siccome le parti vogliono che l'affare debba tosto aver termine, così il debitore deve lasciarsi dedurre l'interesse sul 100/20 e quindi 100/400, e il creditore l'interesse del cinque per cento sul 100/400, ossia 100/8000, e così via all' infinito.

(*h*) fr. 3 § 2 D. XXXV, *Ad leg. Falcid.* — Nov. 131 cap. 12. Per questa opinione parteggiano i più fra' moderni. Confr. Wening II, 3 § 28. Seuff. § 234. Vedi anche la critica fatta a Kauffmann nel *Giornale* di V. A. Wagner 1826, p. 91. La più recente monografia su questo argomento è di Zachariä, Greifswald 1831, secondo la quale sarebbe da preferirsi il calcolo di Hoffmann, solo vi si aggiunge alla pag. 46 la limitazione fondata già nei principj del Diritto romano, che l' *interusurium* non possa cioè mai trascendere la metà del capitale da ridursi.

(*a*) J. G. Laugsdorf *Trac. de partis et contrac-*

Si richiede perciò da un canto una promessa e dall'altro l'accettazione della promessa; anche una precedente preghiera ha forza di accettazione (*c*).

Le persone che a ciò intervengono sono il promittente ossia debitore, ed il promissario, ossia creditore.

Non è stabilito nei fonti quando un contratto fra assenti sia per ambo le parti obbligatorio o compito, e i Giureconsulti non sono d'accordo circa il momento in cui si perfeziona (*d*).

§ 480.
Differenza fra un contratto ed una pollicitazione (*a*).

Una promessa non accettata chiamasi *pollicitazione* (*b*) la quale fatta a persone private non ha vigore legale (confr. però § 556), ma bensì se venne fatta ad una comunità (*res publica*) ovvero ad una Chiesa da qualcheduno pel conseguimento di un posto onorifico, o per altre cagioni (*c*); che s'egli però fece la promessa senza addurne alcun motivo, essa non è per lui obbligatoria, se non se dal momento che cominciò ad adempierla (*d*).

§ 481.
Divisioni dei contratti.

I contratti vengono divisi dai Giureconsulti in diverse maniere.

La principal divisione fondata nel Diritto romano riscontrasi nel § 502: qui spiegheremo soltanto le altre di minore importanza.

I. I contratti o sono obbligatori (*conventiones obligatoriae*) cioè tali da cui nasce un'obbligazione, od assolutorii (*liberatoriae*) cioè tali con cui un'obbligazione si estingue; questi ultimi vengono chiamati nel nostro Diritto *pacta de non petendo,* ovvero *pacta conventa* (*a*).

II. I contratti vertono inoltre o circa una cosa, o solamente circa una certa persona (*conv. in rem* o *reales,* ed *in personam* o *personales*). Gli ultimi sono quelli che risguardano esclusivamente le persone contraenti; i primi giovano anche agli eredi, fidejussori o ad altre persone cointeressate (*b*).

III. *Se per la natura dell' affare* resta obbligato ad un solo contraente, il contratto si chiama unilaterale (*conv. unilateralis*); ma se restano obbligate ambedue le parti, il contratto è bilaterale (*conv. bilateralis*) (*c*).

tibus rom. et de novo hujus doctrinae nexu atque systemate, Manh. 1777 (Confr. il *Magazz. civ.* di Ugo n. 18). — L. F. Griesinger *Dell'obbligazione dei contratti, dissertazione per la Teoria e la Prat. del Diritto civ.*, Tobinga 1793 - G. Rudhart *Disquisizioni sulla sistematica divisione e ordinazione dei contratti per la dottrina e la legislazione*, Norimberga 1811.

(*b*) fr. 1 § 2 D. II, 14 *de pactis.* « *Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.* » — fr. 1 § 3 D. eod. — fr. 3 pr. D. L, 12 *de pollicit.*

(*c*) fr. 7 § 12 D. II, 14.

(*d*) Wening nell'*Arch. della Pr. civ.* II, 2, pag. 267 ritiene che un tale contratto si perfezioni coll'accettazione dell'assente. Hasse all' incontro sostiene nel *Mus. ren.* che il perfezionamento del contratto abbia luogo soltanto quando il promittente abbia avuto notizia dell'accettazione da parte dell'assente.

(*a*) D. L, 12 *de pollicit.* — Wichers *Spec. de rom. pollicit. jure,* Groning 1815 — Kaufmann p. 62.

(*b*) fram. 3 pr. D. eod. La promessa unilaterale ad una chiesa appellasi voto; se fu fatta verso una comunità (*res publica*), allora chiamasi pollicitazione (*pollicitatio*) in senso stretto, fr. 2 D. eod.

(*c*) fr. 1 § 1 D. eod. — fr. 4 D. eod. « *Propter incendium, vel terrae motum, vel aliquam ruinam, quae rei publicae contingit, si quis promiserit, tenetur.* »

(*d*) fr. 1 § 2, 3 D. eod. Alcuni in vista del fr. 5 D. L, 12 sostengono erroneamente che la pollicitazione non possa farsi per mezzo di lettere o di curatori; così p. e. Wening II, 3 § 91. Confr. Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* I, 3, p. 370.

(*a*) fr. 17 § 1, 2, confr. col fr. 36, fr. 40, § 3 fr. 7 § 7 D, II, 24 *de pact.*

(*b*) fr. 7 § 8, fr. 25 § 1, fr. 56 § 1 D. eod.

(*c*) fr. 19 D. L, 16. Così a cagion d'esempio la compra-vendita, la locazione, la società, e la locazione ereditaria sono contratti *bilaterali.*

I contratti unilaterali, o sono tali che anche quello dei contraenti il quale per la natura della cosa non è obbligato, possa per caso (*per accidens*) venire obbligato (*d*), oppur sono tali che l'altra parte non sia mai obbligata ad un correspettivo (*e*).

Nei contratti unilaterali, da cui mediante il solo reciproco consenso nasce un'azione, il promissario può chiedere immediatamente l'esecuzione del contratto (veggasi tuttavia § 494 e 495); ma nei bilaterali la può chiedere soltanto dal momento ch'egli stesso abbia adempito al proprio obbligo (*f*), o sia pronto ad adempierlo (*g*), cosicchè l'altro contraente venga posto in mora; poichè altrimenti gli verrebbe a tutto diritto opposta l'eccezione del non eseguito contratto (*h*). Oltre a ciò da un contratto bilaterale nasce una doppia azione, la quale è d'ambe le parti un'azione diretta; all'incontro da un contratto unilaterale nasce soltanto un'azione, come nel mutuo e nella donazione pura e rimuneratoria, o almeno soltanto un'azione diretta giacchè l'altra azione che ha luogo solo per accidente, si chiama *contraria* (§ 110).

I contratti bilaterali vengono sovente chiamati anche *onerosi* (*onerosae conv.*), e gli unilaterali *gratuiti* (*gratuitae*). Benchè queste denominazioni sieno ordinariamente sinonime, havvi tuttavia sovente fra loro qualche piccola differenza: così p. e. una donazione fatta per uno scopo determinato, se questo è così insignificante che non possa in verun modo stare in proporzione col prezzo della cosa donata, è senza dubbio un contratto gratuito (§ 94), ma pur bilaterale, perchè per la natura dell'accordo ha luogo da ambe le parti una prestazione. Noi perciò colla denominazione di contratti *onerosi* intenderemo piuttosto quelli in cui ambedue le parti si obbligano ad una prestazione quasi uguale, e con quella di contratti *gratuiti* quelli all'incontro in cui soltanto uno dei contraenti gode tutto il vantaggio, o almeno è obbligato soltanto ad una prestazione che non sta minimamente in proporzione con ciò ch'egli stesso ha conseguito (*i*).

Se i contraenti conchiusero da principio un affare oneroso, non viene questo con una remissione posteriore trasmutato in gratuito (*k*).

IV. Finalmente i contratti sono *principali*, od *accessorii* (*conv. principales vel accessoriae*), secondo che essi sussistono per sè od in virtù di un'obbligazione già esistente. Per mezzo degli ultimi viene:

1. determinata più precisamente

(*d*) A questi appartengono, p. e. il comodato, il deposito, il mandato: per la natura di questi affari sono obbligati soltanto il comodatario, il depositario e il mandatario; può darsi però il caso che contraggano degli obblighi anche il comandante, il deponente ed il mandante.

(*e*) Come trattandosi di donazione pura o rimuneratoria ovvero di mutuo. Confr. però il § 504, V.

(*f*) fr. 13 § 20 — fr. 47 D XIX, 1 *de act. emt. et vend.* — c. 5 C. IV, 42 *de act. emt.*

(*g*) fr. 13 § 8, fr. 25 D. XIX, 1 — c. 21 C. II, 3 *de pact.*

(*h*) Intorno alla natura di questa eccezione e sulla tesi se la medesima sia veramente una eccezione, e non già una semplice negativa d'una parte del fondamento dell'azione, mercè cui l'obbligo della prova di avere eseguito il contratto verrebbe addossato all'attore, mentre all'invece se la *exceptio non adimpleti pacti* fosse una vera eccezione, dovrebbe l'impetito dimostrare che l'attore non abbia per sua parte, ancora eseguito il contratto, veggasi Heervart nell'*Arch. della Pr. civ.* VII, 3, p. 335 e XIV, 2 p. 206. In questa ultima Dissertazione egli confuta con buon esito il suo antagonista A. Lang. *Sulla eccezione del non adempiuto contratto*, Ratisbona 1820. Nell'essenziale è dello stesso di lui avviso anche il Revisore di Lang negli *Annali* di Schunck XVII 2 p. 192.

(*i*) fram. 46 D. XIX, 2 — fr. 38 D. XVIII, 1 *de contr. emt* — fr. 6 D. XLI, 6 *Pro donato.*

(*k*) fr. 36 D. XVIII, 6 *de contr. emt.* Confr. col fr. 5 D. XIX, 2 *Locati.*

l'obbligazione principale, o modificatavi qualche cosa, secondo la nota regola, *pacta dant legem contractibus* (*l*) (§ 567-574 e § 629-631), o

2. viene col mezzo di essi rassicurata l'obbligazione principale (§ 618-632) (*m*).

§ 482.

Delle qualità essenziali, naturali ed accidentali dei contratti.

Ciò che abbiamo già spiegato nella Parte generale (§ 83) circa le qualità essenziali, naturali ed accidentali degli affari giuridici, vale anche qui nella teoria dei contratti. Fra i requisiti perciò essenziali di tutti i contratti si annovera un soggetto, un oggetto, e la dichiarazione della volontà. Alle qualità naturali di quasi tutti i contratti appartiene l'obbligo di prestare evizione; e fra le accidentali si contano, oltre le condizioni, il tempo ed il fine, anche la caparra e la pena convenzionale.

§ 483.

Dei requisiti essenziali, e primieramente delle persone che possono conchiudere contratti.

Quelli che non sono capaci in generale di conchiudere degli affari giuridici, non possono neppure conchiudere contratti. Sotto quali condizioni i pupilli e i minorenni possano fare contratti, l'abbiamo già più sopra veduto (§ 164, 172 e 173). Ci resta solo ancora ad osservare, che i tutori e curatori prima della resa di conto non possono conchiudere verun contratto col fisco, affinchè questo non venga in collisione coi pupilli o curandi (*a*).

Passeremo ora a parlare del figlio di famiglia, ed a ricercare nello stesso tempo se un impubere il quale abbia conchiuso un contratto senza autorizzazione del tutore, ed un minorenne senza assenso del curatore, restino o no obbligati almeno *naturalmente*.

Un figlio di famiglia impubere, che abbia già compiuti gli anni dell'infanzia, può, del pari che il pubere, migliorare da sè solo, ma non può deteriorare il proprio stato; anzi egli non può restar obbligato neppure coll'autorizzazione del padre (*b*). S'egli è pubere, può fare qualunque contratto senza il consenso del padre, ad eccezione del mutuo in danaro; chè questo egli non può riceverlo (§ 505) (*c*), nè per esso può venir impetito nè durante la patria potestà, nè dopo cessata la medesima.

Se fu accampata un'azione contro il figlio, durante la patria potestà, la sentenza giudiziale con cui il figlio fosse dichiarato soccombente non può venir eseguita se non in quanto egli abbia un peculio militare ovvero avventizio straordinario; nel caso che non vi sia un tale peculio, l'esecuzione restar deve sospesa finchè la patria potestà si estingua (*d*). Ed anche in quest'ultimo caso il figlio ha il benefizio legale della competenza (§ 647), sotto la doppia condizione però ch'egli sia stato impetito e condannato durante ancora la patria potestà, o pochi anni dopo cessata la stessa (*e*), e che egli abbia conseguito o nulla o poco dalla eredità paterna (*f*).

(*l*) fr. 1 § 6 D. XVI, 3 *Depositi*. — fr. 23, fr. 27 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*m*) Mackeldey § 362 — Egger *Dir. Priv. Nat.* § 120.

(*a*) fr. 1 § 9-12 D. XLVIII 10 *de lege Corn. de fals.* Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* III, 3, p. 355.

(*b*) § 10 in fine *Inst.* III, 19 *de inut. stip.* — fr. 141 § 2 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — c. 18 § 4 C. VI, 30 *de jure delib.*

(*c*) fr. 3 § 4 D. IV, 4 *de minor.* - fr. 39 D. XLIV, 7 *De oblig. et. act.*

(*d*) fr. 3 § 4 D. IV. 4. — fr. 5 pr. D. XIV, 5 *Quod cum eo, qui in alien. pot.*

(*e*) fr. 4 § 4, fr. 5 pr. D. XIV, 5.

(*f*) fr. 2, fr. 4 pr. D. cod. Ciò peraltro seconde

Se l'impubere, che abbia già sorpassati gli anni dell'infanzia e che abbia contrattato senza l'autorizzazione del tutore resti obbligato almeno naturalmente o no, ciò è molto controverso fra i giureconsulti (*g*).

Le apparenti contraddizioni che sopra di ciò si riscontrano nei fonti si possono forse togliere nel modo seguente: l'obbligo del pupillo che contrasse senza l'interposizione dell'autorità del tutore è bensì una obbligazione naturale, ma però riguardo al pupillo intieramente riprovata, s'egli non divenne più ricco mediante il contratto (*h*); riguardo ad altri essa è valida in quanto essi non possono più ripetere ciò che pagarono pel pupillo, ed in quanto è parimenti valida la fidejussione per esso prestata (*i*). Una tal obbligazione può inoltre venir rinnovata (*k*), ed il pupillo non può neppur esso ripetere ciò che ha pagato dopo essere pervenuto alla pubertà (*l*). Le qui esposte regole possono per analogia venir applicate anche ai curandi che avessero contrattato senza consenso del curatore (*m*).

§ 484.

Della dichiarazione della volontà.

La dichiarazione della volontà, affinchè il contratto sia valido, deve essere libera e seria. La libertà viene impedita dall'errore, dal dolo, dal timore, e dalla violenza. Alla dichiarazione seria della volontà poi si contrappone la finta. Tratteremo perciò degli effetti dell'errore, del dolo, del timore, e della violenza, come pure della finzione, adducendo alcuni principii peculiari che nella Parte generale (§ 37-89) non era acconcio di esporre.

§ 485.

Impedimenti alla libera dichiarazione della volontà: — 1. l'errore.

I. Trattandosi di un errore (*a*), bisogna prima di tutto vedere se errarono ambedue i contraenti, ovvero un solo di essi. Se l'errore è reciproco, bisogna ulteriormente distinguere se sia essenziale, o se risguardi soltanto circostanze accessorie.

Un errore essenziale, che rende nullo tutto l'affare, ha luogo (*b*)

1. se l'errore risguarda la specie del contratto (*c*), ovvero

2. la persona, se cioè per la natura stessa della cosa, o dietro dichiarazione speciale dovendo il contratto seguire soltanto con una determinata persona, fu per errore conchiuso invece con un'altra. Ciò ha luogo, per

la c. 6, 8 C. VI, 61 *De bonis, quae lib.* non vale che qualora il figlio di famiglia si fosse obbligato, avuto riguardo al padre e al *peculium profectitium*. Intorno all'azione contro il padre dipendente da convenzione col figlio vedi il § 609.

(*g*) Che vi abbia un'obbligazione naturale, lo si raccoglie dai seguenti testi: fr. 42 pr. D. XII, 2 *De jurejurando.* — fr. 21 pr. D. XXXV, 3 *Ad leg. Falc.* — fr. 64 pr. D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell* — fr. 11 D. XLVI, 2 *De novat.* — fr. 44 D. XLVI, 3 *De solut.* Che però riguardo al pupillo non vi abbia nemmeno alcun obbligo naturale, vien espresso nel § 3 *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. oblig. toll.* — fr. 41 D. XII, 6 *De cond. indeb.* — fr. 59 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.*

(*h*) fr. 43 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — fr. 4 § 4 D. XLIV, 4 *De doli mali et met. except.* — fr. 3 pr. D. XIII, 6 *Commod.* — fr. 5 pr. § 1 D. XXVI, 8 *De auct. tut.* « *Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est.* »

(*i*) fr. 42 pr. D. XII, 2 — fr. 2 pr. D. XXXV, 2. — fr. 44 D. XLVI, 3. — fr. 27 D. 1 XLV. 1 *De verb. oblig.*

(*k*) fr. 1 § 1, fr. 9 pr. D. XLVI, 2.

(*l*) fr. 13 § 1 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 25 § 1 D. XXXVI, 2 *Quando dies legat.*

(*m*) De Wening II, 3, § 73 — Warnkönig num. 456-459.

(*a*) Glück *Comm.* IV, p. 141-166 e XVI, p. 16 26 — Thibaut *Saggi* II, 4 - G. L, Kern *de errore contrahentium*, Gottinga 1806 — E. G. Valett *Diss. Teor. e Pr.* Gottinga 1824 n. 5.

(*b*) fr. 57 D XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*c*) fram. 18 pr. § 1 D. XII, 1 *de reb. cred.* § 1 « *Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est.* »

la natura della cosa, nel matrimonio, nelle donazioni, nel mutuo ed in altri affari gratuiti, nel contratto di società, e in tutti quei contratti ne'quali un contraente ha riguardo alla capacità e diligenza di una data persona, e quegli con cui fu conchiuso il contratto non abbia la capacità necessaria (*d*).

3. se nasce un errore nella cosa, locchè ha luogo se ambedue i contraenti ebbero in vista una cosa diversa da quella dedotta in contratto (*e*), od una cosa che non esista o che sia fuori di commercio, e di cui ambedue credevano ch'esistesse o che fosse in commercio (*f*), o se qualcheduno acquistò per errore un cosa sua propria (*g*). Se l'errore non verte sull'oggetto stesso, ma sulla sostanza, come se fu venduto aceto per vino, bronzo per oro, piombo per argento, il contratto è parimenti invalido (*h*).

4. Finalmente rende nullo il contratto l'errore nel prezzo, se cioè il promissario ha in mente un prezzo maggiore, e il promittente un prezzo minore (*i*). L'errore nella forma o nella qualità della cosa non rende il contratto nullo (*k*), purchè non sia stato conchiuso avuto appunto riguardo ad una certa forma o qualità (*l*); non rende invalido il contratto neppure un errore nelle pertinenze (*m*), nel nome (*n*), o nella quantità (*o*).

Anche l'errore nel motivo non produce la nullità del contratto (*p*), tranne se qualcheduno, credendosi per errore obbligato, consegnò o promise qualche cosa; nel qual caso egli si può liberare dalla promessa mediante un'eccezione, o ripetere ciò che diede mediante una *condictio* (*q*).

Se nasce un errore nelle circostanze accessorie, il contratto è valido, ed ha luogo soltanto il diritto al risarcimento, cosicchè si può trattenersi o ripetere ciò che fu promesso o dato oltre al prezzo pattuito (*r*); o se ciò non può eseguirsi, compete il diritto di pretendere un prezzo maggiore (*s*). Se fu promessa o data una quantità minore di quanto importa il prezzo pattuito, si può trattenersi o ripetere una parte del prezzo stesso (*t*).

Se l'errore è unilaterale, bisogna distinguere quale dei contraenti abbia errato:

A. S'è in errore il promittente, ed il promissario sa che egli aveva in mente di dare una cosa migliore di quello che gli dà in effetto, il contratto è valido ed il promissario è tenuto di prestare il correspettivo (*u*),

(*d*) arg., fr 9 D. XXIII. 5 *De hered. inst.* — arg. fr. 5 D. II, 1 *De jurisdict.* — fr. 32 D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*e*) fr. 9 pr. D. XVIII, 4 *De contrah. emt.* — fr. 137 § 1 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*f*) fr. 57 pr. § 4 D. XVIII, 1. — fr. 22, fr. 34 § 1 D. eod.

(*g*) fr. 16 pr. D. XVIII, 1. — c. 4 C. IV, 38 *De contr. emt.*

(*h*) fr. 9 § 2 D. XVIII, 1.

(*i*) fr. 9 pr. D. XVIII, 1. — fr. 52 D. XIX, 2 *Locati.* — fr. 1 § 4 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*k*) fr. 58 D, XVIII, 1.

(*l*) fr. 10, fr. 11 D. eod.

(*m*) fr. 34 pr. D. eod.

(*n*) fr. 9 § 1 D. eod. — fr. 32 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*o*) fr. 18 § 3 D. IV, 3 *De dolo malo.* — fr. 40 § 2 D. XVIII, 1. — fr. 4 § 1, fr. 38 pr., fr. 12 D. XIX, 1.

(*p*) fr. 3 § 7 in fine D. XII, 4 *De cond. sine causa data.* — fr. 65 § 2 D. XII, 6 *De cond. indeb.*

(*q*) fr. 3 D. XII, 7 *De condict. sine causa.* — fr. 5 § 1 D. IX, X 1.

(*r*) fr. 18 § 3 D. IV, 3 *De dolo malo.*

(*s*) fr. 40 § 2 D. XVIII, 1. « *Qui agrum vendebat, dixit, fundi jugera decem et octo esse, et quod ejus admensum esset, at singula jugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt; pro viginti deberi pecuniam respondit.* »

(*t*) fr. 37. D. XVIII, 1. — fr. 42 in fine D. XIX, 1. — fr. 32, fr. 69 § 6 D. XXI. 2 *De evit.*

(*u*) fr. 57 § 2 D. XVIII, 1. « *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor vero ignorabat (domum exustam*

a meno che egli non si possa difendere coll'eccezione di non adempito contratto, il che può aver luogo trattandosi di una cosa di cui non sia lecito ai privati di disporre (*v*). Ma s'egli sa che il promittente aveva in mente una cosa diversa o peggiore di quella promessa, il promissario agisce in tal caso dolosamente, e l'affare è nullo se l'errore è essenziale, o può venir impugnato per dolo principale; o il danneggiato può pretendere risarcimento, se l'errore o il dolo risguardano circostanze soltanto accessorie.

B. S'è in errore il promissario, ed il promittente sa di aver promesso una cosa di miglior qualità, od una quantità maggiore, o una cosa affatto diversa da quella che aveva in mente il promissario; nel primo caso, l'affare è valido in tutta la sua estensione, nel secondo esso è valido riguardo a quella quantità che fu da ambedue contemplata (*x*): nel terzo caso poi siccome ambedue i contraenti avevano in mente una cosa diversa da quella dedotta in contratto, il contratto stesso è nullo (*y*). Ma se il promittente sa di aver promesso una cosa peggiore di quella che aveva in mente il promissario, il contratto è nullo se vi fu errore essenziale; e siccome in tal caso ha sempre luogo nello stesso tempo una frode, così mediante l'*actio de dolo* si può pretendere l'indennizzo (*z*). Se l'errore versò bensì su circostanze accessorie, ma fu cagionato da un *dolus causam dans*, il contratto è nullo per sè stesso, o può almeno venire rescisso: per dolo nelle circostanze accessorie compete soltanto l'azione d'indennizzo (*aa*).

Del resto è da osservare che quello il quale cadde in errore per una colpa lata deve ascrivere a sè stesso le conseguenze del medesimo (*bb*)

§ 486.

2. *Del dolo. — 3. della violenza e del timore — 4. della finzione.*

II. — 1. Se il dolo praticato da uno dei contraenti (*a*) è essenziale (*causam dans* § 88), esso porta la conseguenza che i negozii di buona fede sono per sè stessi nulli (*b*), in modo però che ciò che fu dato si può ripetere soltanto in confronto del ricevente, ma non mai di un terzo (*c*); i contratti poi di stretto diritto possono per un tal dolo venire rescissi soltanto mediante la restituzione in intiero (§ 666) (*d*).

Se il dolo non è essenziale, il contratto resta valido, ma il danneggiato può pretendere l'*id quod interest;* al qual fine negli affari di buona fede devesi intentare l'azione derivante dal contratto, e negli affari di stretto di-

esse); et hic enim oportet, et venditorem stare, et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel, si solutum sit, non repeti. »

(*v*) fr. 34 § 3, confr. col § 1 D. eod. — Thibaut. *Dir. delle Pandette* § 147 nota *g*.

(*x*) arg. fr. 52 D. XIX, 2 *Locati*. — fr. 1 § 4 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*y*) fr. 83 § 1 D. XLV. 1.

(*z*) fr. 62 § 1 D. XVIII, 1.

(*aa*) Confr. specialmente Thibaut *Saggi* II. pag. 136-140.

(*bb*) fr. 15 § 1 D. XVIII, 1. — fr. 9 § 2 D. XXII, 6 *De jur. et facti ignor.* — fr. 16 § 2 D. XL, 12 *De liberali causa*. — c. 15 C. IV, 44 *De resc. vend.*

(*a*) Vedi Webrn c. II. — *Casi ed osservazioni interessanti di Diritto* di Gmelin ed Elsässer T. II. n. XIII, Glück IV, p. 119-141. — E, G. Valett. *Diss.* II.

(*b*) fr. 7 pr. D. IV, 3 *De dolo malo*. — fr. 16 § 1 D. IV, 4 *De minor.* — fr. 3 § 3 D. XVII, 2 *Pro socio*. — fr. 5 § 1 D. XIX, 1 Warnkönig n. 474.

(*c*) c. 10 C. IV, 44 *De rescind. vend.* Resta per altro libero al danneggiato di far valere il contratto e domandar l'*id quod interest*, fr. 51 § 1 D. XVIII, 1, dal che risulta che chi operò l'inganno, non può impugnare il contratto siccome nullo.

(*d*) fr. 7 § 3 D. IV. 3 *De dolo malo*.

ritto l'azione *de dolo*, o, se pel dolo fu prestata cauzione, l'*actio ex stipulatu* (*e*).

Se l'autore del dolo fu un terzo, il danneggiato non può pretendere dall'altro contraente nè la nullità del contratto nè l'indennizzo per causa di dolo, ma per causa di errore, o di lesione oltre la metà (§ 523), o per causa di minorennità, può chiedere la nullità del contratto, ovvero indennizzo; che se in confronto dell'altro contraente non ha luogo assolutamente alcuna azione, allora viene accordata sussidiariamente l'*actio de dolo* per indennizzo contro l'autore del dolo (*f*).

III. La violenza ed il timore (*g*) producono i seguenti effetti: Gli affari di stretto diritto (*h*) ed i contratti assolutorii di buona fede possono venir annullati soltanto in virtù della restituzione in intiero (*i*), ma un contratto obbligatorio di buona fede o è nullo *ipso jure* (*k*), o può venir impugnato come inefficace, e probabilmente colla stessa azione derivante dal contratto (*l*). Non si fa alcuna distinzione fra violenza circa l'oggetto principale e circa le cose accessorie (*m*), ed è indifferente che la violenza venga fatta da uno dei contraenti medesimi, ovvero da un terzo: lo stesso dicasi del timore (*n*). Tuttavia non si può per questo motivo impugnare il contratto, che taluno conchiuse con un terzo per essere liberato da un imminente pericolo, p. e. dalla violenza dei nemici, od assassini (*o*).

IV. Per ciò che risguarda la simulazione, dobbiamo ancora aggiungere alle regole generali (§ 89), che non vale nè il contratto vero, nè il simulato, se il vero è per legge proibito (*p*).

§ 487.
Oggetto della prestazione.

L'oggetto della prestazione deve essere:

1. determinato, ossia certo. Se dunque l'oggetto del contratto viene determinato solo in genere, affinchè il contratto sia valido, è necessario che i contraenti determinino almeno un genere prossimo, mentre in caso diverso il promittente si potrebbe liberare dalla sua obbligazione coll'offerta di una cosa senza valore (*a*). Se la cosa promessa viene determinata in numero, misura o peso, la promessa senza indicazione di un numero, di una misura, o di un peso è imperfetta (*b*), come lo è se si promette un fatto senza determinare il giorno e il

(*e*) fr 13 § 4, 5, fr. 32, fr. 49 pr. D. XIX, 1 *De act. emt.* — fr. 7 § 3 D. IV, 3.

(*f*) Confr. fr. 2 D. L. 14 *De proxenet.* e fr. 18 § 3 D. IV, 3 *de dolo malo.* Col fr. 1 § 8, fr. 2-6, fr. 7 pr. § 9 D. eod.

(*g*) G. F. Walch *De negotiis et actibus vi metusve extortis ex jure rom. partim ipso jure nullis, partim a Praetore rescindendis*, Jenae 1790.

(*h*) § 1 *Inst.* IV, 13 *except.* — fr. 9 § 3 D. IV, 2 *Quod. metus caus.* — c. 5 C. VIII, 39 *De inutil. stip.*

(*i*) fr. 21 § 4 D. IV, 2.

(*k*) Tale si è la promessa di dare la dote estorta per violenza o timore, fr. 21 § 3 D. IV, 2. e l'assenso, in simile guisa carpito ad un tutore, fr. 1 § 1 D, XXVI, 8 *De act. tut.*

(*l*) Alcuni p. e. Warnkönig n. 475 sostengono che per lo scioglimento dell'affare occorra in questo caso la restituzione in intiero, ma si osservi il fr. 116 pr. D. L, 17 *De reg. jur.* — fr. 14 § 13 D. IV, 2. — c. 1 C. IV, 44 *De resc. vend.* — c. ult. C. II, 20 *De his, quae vi metusve causa.*

(*m*) § 1 D. IV, 2.

(*n*) fr. 10 pr., fr. 14 § 3 D. IV, 2. — fr. 4 § 33 D. XLIV, 4 *De doli et met. except.* La c. 5 C. II. 20 non forma alcun obice. Confr. Thibaut nel suo *Sistema* § 152, nota s. — È di opinione diversa Glück IV, p. 180.

(*o*) fr. 9 § 1 D. IV, 2.

(*p*) fr. 5 § 5. fr. 7 § 6 D, XXIV, 1 *De donat. inter vir. et uxor.*

(*a*) p. e. se uno dice: io ti prometto una cosa, un animale.

(*b*) fr. 94. fr. 115 pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

luogo (*c*). In egual modo è nullo il contratto, con cui viene promesso un oggetto da prestarsi però ad arbitrio del contraente (*d*); ma se qualchedu-no ha promesso di prestare qualche cosa a suo arbitrio *ex arbitrio boni viri*, il contratto è imperfetto, finchè egli non determini la cosa od il prezzo, determinazione che può essere impugnata se vi concorse una patente ingiustizia (*e*) (confr. § 556).

Una promessa, la cui precisa determinazione sia stata rimessa ad una data terza persona, che siasi incaricata di tale ufficio di arbitrio (*f*), è valida, com'è valida altresì la promessa, la cui determinazione si faccia dipendere da un dato oggetto (*g*).

2. L'oggetto del contratto dev'essere in potere del promittente; perciò:

a. È nulla la compera di una cosa esclusa dal commercio, se il compratore conosceva questa esclusione (*h*); s'egli poi lo ignorava (*i*), la vendita produce almeno l'effetto che il promittente, ossia venditore, a cui era noto che la cosa era fuori di commercio, deve prestare l'*id quod interest* (*k*).

b. Il contratto sopra una cosa altrui, previo il consenso del proprietario (*l*), ovvero sotto la condizione che appartenga al promitente (*m*), è senza dubbio valido. Ma se fu conchiuso un contratto sopra una cosa altrui senza consaputa e volontà del proprietario, questi non ne resta, è vero, obbligato, mentre egli può rivendicare la sua cosa propria; ma da un tal contratto nasce ordinariamente un' obbligazione fra gli stessi contraenti; poichè se ambedue le parti sapevano che la cosa è d'altrui, il contratto è bensì invalido (*n*), ma se ciò era ignoto ad ambe le parti (*o*), o almeno al promissario, in tal caso ne nasce un' obbligazione (*p*).

c. Cose proprie non si possono ricevere nè in pegno nè in deposito, o come un precario, nè si possono comperare o prendere in locazione, o farne qualche altro contratto (*q*): tuttavia possiamo pattuirci il possesso o l'uso di esso, se alcuno come creditore abbia il possesso o l'uso della cosa nostra; anzi condizionatamente possiamo stipularci la cosa stessa, cosicchè la stipulazione ha vigore se al momento che si verifica la condizione la cosa non è più nostra (*r*).

d. Anche il contratto circa azioni di terzi, di regola, è nullo, e quindi non ne resta obbligato neppure il promittente (*s*), s'egli non si assúnse di

(*c*) fr. 2 § 3 D. XIII, 5 *De eo, quod. certo loco* — fr. 115 pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*d*) fr. 7 pr. D. XVII, 1 *de contr. emt.* — c. 13 C. IV, 38 *De contr. emt.*

(*e*) fr. 35 § 1 D. XVIII, 1 confr. col fr. 22 § 1 D. L, 17 *De reg. jur.* — fr. 24 pr. D. XIX, 2 *Locati.* — c. 3 C. V, 11 *de dott. promiss.*

(*f*) fr. 25 D. XIX, 2 — c. ult. C. IV, 38. Non si può impugnare la decisione dell'arbitrio che per una aperta ingiustizia, fr. 79 D. XVII, 2 *Pro socio.*

(*g*) fram. 7 § 1 D. XXIII, 1 « *Hujusmodi emtio*, quanti tu eum emisti, *vel:* quantum pretii in arca habeo, *valet; nec enim incertum est pretium in tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.*

(*h*) fr. 3 *Inst.* III, 23 (24) - fr. 6 pr. D. XVIII, 1.

(*i*) fr. 4, fr. 5, fr. 70 D. eod.

(*k*) § 5 *Inst.* III, 23 (24) - fr. 62 § 1 D. XVIII, 1.

(*l*) fr. 16 § 1 D. XX, 1 *de pignor.*

(*m*) fr. 46 D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 1 pr., fr. 16 § 9 D. XX, 1.

(*n*) fr. 34 § 3 D. XVIII, 1.

(*o*) fr. 70 D. eod. — fr. 9 § 4 D. XIII, 9 *de pign. act.*

(*p*) fr. 22 § 2 D. XIII, 7. — fram. 16 D. XIII, 6 *Commod.* — fr. 1 § 39 D. XVI, 3 *Depositi.* — fr. 34 § 3 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — c. 27 C. VIII, 45 *de evict.* Confr. per altro il § 471.

(*q*) fr. 16 D. XVIII, 1. — fr. 45 p. D. L, 17 *de reg. jur.*

(*r*) fr. 34 § 4, fr. 61 D. XVIII, 1 — fram. 28 D. XVI, 2 *de adquir. vel omitt. poss.* — fr. 6 § 4 D. XLIII, 26 *de precar.* — fr. 31, fr. 98 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*s*) fr. 38 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — § 3

pagare una pena convenzionale nel caso che l'azione non venga prestata (*t*), ovvero non promise la sua mediazione affinchè il terzo presti o faccia qualche cosa; nel qual caso se non può ottenere l'intento, deve pagar l'*id quod interest* (*u*). Anche nel caso che taluno tratti affari altrui, non è invalido il contratto, col quale egli assicura che il suo principale approverà l'affare da lui intrapreso (*v*), o se taluno promette che un terzo presterà cauzione per lui; poichè se ciò non avviene, il promittente deve prestar l'*id quod interest*, o presentare un altro fidejussore egualmente idoneo (*x*).

3. L'oggetto, per ultimo, deve esser tale, che se ne possa per Legge disporre (*y*).

§ 488.
Dei contratti illeciti.

Abbiamo già fatto menzione di alcuni contratti illeciti, per esempio, di quello che non si abbia a risarcire il danno che fosse per essere cagionato con dolo (§ 465), e dei contratti d'usura (§ 477); altri ne addurremo a suo luogo come la donazione non insinuata oltre 500 solidi (§ 548), la donazione fra conjugi (§ 552), il contratto commissorio nel pegno (§ 631), la transazione sopra futuri alimenti fatta senza il consenso dell'Autorità (§ 638).

Qui tratteremo soltanto di quei contratti illeciti, di cui non ci possiamo occupare più opportunamente altrove e fra questi annoveriamo sotto alcune restrizioni:

I. I patti successorii (*pacta successoria*). In generale per patti successorii si intendono quei contratti che si fanno sulla eredità di una persona ancora vivente, e che risguardano la facoltà di uno dei contraenti o di un terzo. Il contratto è nullo, se si riferisce alla eredità di uno dei contraenti, tanto se uno si stipuli il diritto ereditario (*pactum affirmativum*) (*a*), quanto s'egli rinunziò al diritto ereditario che speri di ottenere (*pactum renuntiatium*) (*b*).

I contratti che si fanno circa l'eredità di un terzo (*pacta dispositiva*) sono validi quando si tratti della eredità di una persona indeterminata (p. e. se io dico: la prima eredità che acquisterò), ovvero di una persona determinata, che abbia approvato il contratto, e che non abbia rivocata la sua approvazione espressamente o tacitamente, p. e. mediante testamento (*c*). Molti specialmente fra i più vecchi giureconsulti, ritenevano non essere validi i patti successorii, per la ragione che quegli, il quale in forza di un contratto acquista un diritto irrevocabile sulla facoltà di un altro è da temersi che tenda insidie alla di lui vita, onde tanto più presto andare al possesso della sua facoltà (*votum captandae mortis*). Ma questa ragione è senza dubbio insufficente, poichè altrimenti dovrebbero essere invalidi anche i testamenti, tostochè l'erede, vivente ancora il testatore, venga in cognizione della propria isti-

Inst. III, 19 (20) *de inutil. stip.* « *Si quis alium daturum, facturumve quid spoponderit, non obligatur.* »

(*t*) § 11 *Inst* III, 19 (20) - fr. 38 § 2 D. XLV, 1.

(*u*) § 3 *Inst.* III, 19 (20) — fr. 14 § 2 D. XIII. 5 *de const. pec.* — fr. 81 pr. D. XLV, 1.

(*v*) fr. 18 e fr. 19 D, XLVI, 8 *Ratam rem haberi.*

(*x*) fr. 14 § 2 D. XIII, 5.

(*y*) fr. 7 § 16 D. II, 14 *de pactis.*

(*a*) c. 15 C. II, 3 *de pactis.* — c. 5 C. V, 14 *de pact. convent.* — c. 4 C. VIII, 39 *de inut. stip.*

(*b*) fr. 61 D. XXV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 94 D. XXIX, 2 *de adquir. et homitt. hered.* fram. 16 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit.* — c. 35 § 1 C. III, 28 *de inoffic. test.* — c. 3 C. VI, 20 *de collat.*

(*c*) fr. 3 § 1, 2, fr. 73 D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. 30 C. II, 3 *de pactis.*

tuzione; anzi quella ragione è tanto più forte nei testamenti giacchè il testatore può ogni momento revocare la sua ultima volontà, e secondo il Diritto antico, l'erede sapeva la propria istituzione, venendo egli nominato nei pubblici comizii; ed anche secondo il Diritto nuovo deve il nome dell'erede almeno qualche volta, rendersi palese come nel testamento di un cieco, e negli altri testamenti nuncupativi.

Dall'addotta ragione si può solamente spiegare perchè i patti successorii dispositivi, in quanto sono invalidi, non abbiano alcun effetto legale, mentre non è certamente del tutto retta la intenzione di quelli, che fanno un contratto circa la eredità di un terzo senza il di lui consenso; e nei fonti stessi (*d*) leggiamo che tali contratti sono odiosi, pericolosi e di esito funesto.

I contratti ereditarii affermativi furono ritenuti come contrarii ai buoni costumi (*e*), forse per la ragione che il contraente obbligato ad adire la eredità dovrebbe pagare tutti i debiti, quantunque le forze della eredità non bastassero (*f*).

Il divieto di un patto successorio affermativo sembra potersi far dipendere anche dal motivo, che non venisse limitata la libertà di testare (*g*), che era una delle prerogative dei cittadini romani (§ 56).

Finalmente un'altra ragione della nullità dei patti successorii tanto affermativi che rinunziativi si è, che i Romani risguardavano il diritto ereditario come un oggetto pubblico, di cui non si potesse disporre mediante contratti privati, ma soltanto per mezzo di testamenti, i quali originariamente erano parificati alle Leggi (*h*).

II. Il patto circa una cosa controversa (*pactum supra re litigiosa*), poichè durante il processo non può aver luogo alcuna novazione riguardo alla medesima (*i*).

È tuttavia eccettuato tutto ciò che fu dato o ricevuto come dote, come donazione in causa di nozze, in causa di una transazione o di una divisione di eredità, ovvero come legato o fedecommesso (*k*).

III. Il patto *de quota litis*, con cui un avvocato prima della trattazione di un processo si fa promettere una parte intellettualmente determinata (*pars quota*) pel caso ch'egli abbia a vincere la causa (*l*): è del pari nullo quel patto, con cui egli si fa promettere preventivamente qualche altro vantaggio (*palmarium*) (*m*).

IV. Il *pactum inofficiosum medici cum aegroto*, con cui gli ammalati durante la malattia promettono qualche cosa per la guarigione (*n*).

Questi contratti (III e IV) sono probabilmente invalidi per ciò che in essi può facilmente aver luogo la violenza, timore o dolo.

(*d*) cap. 30 C. II, 3 Vedi Hopfner *Comm.* § 737 nota 13.

(*e*) c. 30 C. II, 3 — c. 4 C. VIII, 39 *de inutil. stip.*

(*f*) J. F. Malblanc *Diss. de causis improbati pacti hered. ex jure rom.*, Tubing. 1798.

(*g*) fram. 52 § 9 D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. 15 C. II, 3.

(*h*) fr. 38 D. II, 14 *de pact.* — fr. 3 D. XXVIII, 1 *Qui test. fac. poss.* — fr. 15 § 1 D. XXXV, 2 *Ad leg. Falcid.* — fr. 16 D. XXXVIII, 16 *de suis et legit.* Confr. Glück IV, p. 214. Hübner e Tittmann *Biblioteca di opuscoli giuridici*, T. II, fasc. II, p. 202 — *Mag. civ.* V, p. 152.

(*i*) D. XLIV, 6 — C. VIII, 37 *de litigios.* - Nov. 112 c. 1 — Spangenberg nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 3 p. 406.

(*k*) c. 4 C. eod.

(*l*) c. 5 C. II, 6 *de postul.*

(*m*) fr. 7 D. XVII, 1 *Mandati* — fr. 1 § 12 D. L., *de extraord. cogn.* — c. 6 § 2 C. II, 6 — Jordan nell'*Arch, della Prat. civ.* XII, 2, p. 191.

(*n*) fr. 3 D. L, 15 *de extraord. cogn.* — c. 9 C. X, 52 *de profess. et medic.* — Neundorf *Miscellanee di materie di Legislazione e Giurisprud.* Ulma 1815 n. XV.

V. I contratti di sorte (*pacta, quae aleam continent*) sono in parte anch'essi proibiti. In generale si chiamano contratti di sorte quelli, il cui successo dipende pressochè intieramente dal caso; tali sono la compra della speranza, e la compra di una cosa separata (§ 521) il *foenus nauticum* (§ 545) il *pactum sortis*, ossia quel patto, in cui vien rimessa alla sorte la decisione di una cosa dubbiosa, cosicchè ognuna delle parti contendenti conseguisce ciò che tocca in sorte; questi contratti sono dalle leggi approvati (*o*). Proibiti in parte sono i contratti di giuoco, e le scommesse.

1. un giuoco (*ludus, lusus*) (*p*) è un'azione, con cui due o più persone in via di convenzione combattono fra loro dietro certe regole, in modo che il guadagno dell'uno dipenda ora dalla pura sorte, ora solamente dall'arte, ora da ambedue insieme. Fra i giuochi sono leciti soltanto quelli, che servono ad esercitare le forze, come sarebbe il giuoco della lancia, della palla, del corso o della giostra, in cui due tentano di superarsi a vicenda (*q*). Tuttavia anche in questi il prezzo non deve oltrepassare un *solido*, affinchè il soccombente non abbia a deplorare un troppo forte infortunio (*r*). Gli altri giuochi non danno veruna azione, anzi si può ripetere pel corso di cinquanta anni ciò che fu per essi pagato (*s*).

2. La scommessa (*sponsio*) è quel contratto, con cui viene convenuto un prezzo determinato sopra un avvenimento ancora ignoto ai contraenti, in favore di quello di essi, all'opinione del quale sia poi conforme il successo. In quanto le scommesse hanno luogo nei giuochi, sono esse limitate appunto come i giuochi stessi (*t*); ma le medesime sono permesse anche in altre purchè onorate occasioni (*u*): e sono invalide per le stesse ragioni che lo sono altri contratti; ed ha specialmente luogo un dolo *causam dans*, se chi vince avea certezza dell'evento e la tenne all'altra parte celata.

(*o*) c. 3 C. VI, 43 *Communia de legat.*
(*p*) D. XI, 5 — C. III, 43 *de aleatoribus*, — Ajala *Instit.* D. e C. *de aleatoribus*, in Ottonis *Thesaur.* T. IV, p. 914 — Henr. Cock *Responsio ad quaestionem, quid alea, quid aleator sit?* Traj. ad Rhen 1817 — Ejusd. *Disput. de alea.* Traject. ad Rhen. 1819.
(*q*) fr. 2 § 1 D. XI, 5.
(*r*) c. 3 C. III, 43.
(*s*) c. 3 C. eod.
(*t*) fr. 3, D. XI, 5.
(*u*) fram. 17 § 5 D. XIX, 5 *de praescript. verb.* « *Plane si inhonesta causa sponsionis fuit etc.* »

§ 489.

II. *Proprietà naturali dei contratti. L'evizione.*

Se una cosa va perduta per decisione della giudiziale Autorità per un motivo già esistente al tempo che si fece il contratto, cosicchè taluno non possa esercitare il diritto da lui acquisito col medesimo, in tal caso quella cosa chiamasi evinta (*evincta res*) (*a*). Prestare evizione (*praestare evictionem*) significa risarcire il danno sofferto da quello a cui, fu evinta una cosa (*b*).

Il vincitore si chiama evincente (*evincens*), ed autore (*auctor*) (*c*) que-

(*a*) D. XXI, 2 *de evict. et duplae stipul.* — C, VIII, 45 *de evict.* — Westphal *Teoria dei contratti di compra, di locazione e di enfiteusi, della cessione e dell'evizione della proprietà e dei difetti della cosa secondo il Dir. com.* Lipsia 1789. G. Hauhlmannsberger *Dissertazione sulla prestazione dell'evizione secondo lo spirito del Dir. comune*, Vienna 1802. — Dalla definizione data da noi emerge, che si deve prestare evizione non solo quando viene tolta coll'intervento dei tribunali a taluno una cosa alla quale egli ha un diritto in forza di un contratto, ma anche quando il possessore impetito dal contraente venne liberato dall'obbligo di consegnare la cosa, od il contraente dovette pagarne il prezzo di stima fr. 16 § 1, fr. 21, fr. 34 § 1 D. XXI, 2
(*b*) fr. 39 § 2 D. XXI, 2.
(*c*) fr. 4 pr. D. eod.

gli, da cui il possessore al quale vien tolta la cosa, ovvero in generale il soccombente deriva il suo titolo, e ch'è quegli che deve prestare evizione.

L'obbligo di prestare evizione nasce dalla frode, se qualcheduno trasferisce ad un altro una cosa che egli sapeva non essere sua (*d*); o nasce da un contratto speciale (*e*), o dalla natura dell'affare, poichè in ogni contratto oneroso bisogna di sua natura prestar evizione. Tali contratti sono:

1. la compra-vendita (*f*), eccettuato il caso che da una massa (*universitas*) venduta venga evinta una singola cosa (*g*);

2. la permuta e gli altri contratti innominati, per cui si trasferisce una cosa ad un altro (*h*);

3. La locazione ereditaria (*i*) e

4. il contratto di pegno (*k*);

5. la transazione, se fu evinta la cosa che taluno diede, onde ritenere l'oggetto contenzioso, poichè, se fu evinto questo, non ha luogo veruna prestazione di evizione (*l*);

6. il contratto di locazione (*m*);

7. la divisione di una cosa o di una eredità comune (*n*) (§ 367);

8. la costituzione della dote, se fu consegnata al marito previa stima *venditionis causa*, o se alla consegna della dote, precedette una pollicitazione, ovvero una promessa (*o*);

9. la dazione in paga (*datio in solutum*) (*p*);

10. nella donazione, come contratto gratuito, non ha luogo, in regola l'evizione (*q*).

Ma se fu donata una specie, sembra che il donante debba prestar evizione, tranne se fosse evinta la specie intiera (*r*);

11. relativamente ai legati veggasi § 421 nella nota *f* e § 420, II, 3.

Del resto, c'è ancora da notare, che si può intentare l'azione per evizione, anche nel caso, che una cosa venga evinta soltanto in parte (*s*).

(*d*) fr. 11 § 16, fr. 21 § 1 D. XIX, 1 *de act. emt. et vend.* — fr. 62 D. XXI, 1 *de aedil. edict.* - fr. 18 § 3 D. XXXIX, 5 *de donat.*

(*e*) c. 2 C. VIII, 45.

(*f*) fr. 66 pr. D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — c. 6 C. VIII, 45.

(*g*) fr. 5 D. XXI. 2 — c. 1 C. VIII, 45.

(*h*) c. 29 C. VIII, 45 — fr. 5 § 2 D. XIX, 5 *de praescr. verb.*

(*i*) fr. 38 § 3 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*k*) fr. 9 pr. fr. 16 § 1, fr. 36 pr. e § 1 D. XIII, 7 *de pign. act.*

(*l*) c. 33 C. II, 4 *de transact.* — *Arch della Prat. civ.* I, 1, p. 141.

(*m*) fr. 8, fr. 9 pr., fr. 33, fr. 35 D. XIX, 2 *Locat.* Confr. del resto il § 529 nota *b*.

(*n*) fr. 10 § 2 D. X, 3 *Comm. div.* — fr. 66 § 3 D. XXI, 2. — c. 14 C. III, 36 *Famil. ercisc.*

(*o*) fr. 16, fr. 79 § 7 D. XXIII, 3 *De jure dot.* — c. 1 C. V, 12 *De jure dot.* Zimmern nell'*Arch. della Prat. c.* II, 2, p. 203 spiega in modo diverso la c. 1 C. V, 12; ma le parole: « *sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit* » non si possono riferire alla promessa di prestare evizione, mentre una tale promessa non si può fare con una *pollicitazione*, Confr. Löhr nel *Gior. di Dir. e Proc. civ.* 1, 2, p. 233 e specialmente Gluck XX, p. 197-209.

(*p*) fr. 24 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 46 pr. § 1, fr. 98 pr. D. XLVI, 3 *De solut.* — c. 4 C. VIII, 45.

(*q*) fr. 18 § 3 D. XXXIX, 5 *De donat.* — c. 2 C. VIII, 45.

(*r*) fr. 58 D. XXI, 2. — fr. 45 § 1, 2, fr. 46, fr. 108 § 10 D, *De legat.* I. — fr. 29 § 3 D. *De legat.* III. Confr. anche fr. 53 pr., fr. 72 § 5 D. XLVI, 3 *De solut.* — J. C. Koch *De evictione in donat. non indistincte praestanda, edit.* II, Giessae 1774. — Di opinione differente è Thibaut nelle sue *Disser. c.* n. 4 e nel *Diritto delle Pandette* § 181 in vista Pauli *Recept. sent.* V, 11 § 5. — fr. 18 § 3 D. XXXIX, 5 *De donat.* e c. 2 C. VIII, 45. Vedi per altro Schwepp nel *Mag. giurid.*, Alona 1818, 1, p. 145 e Glück XX, p. 237-268.

(*s*) fr. 1, fr. 13, fr. 39 § 2, fr. 45, fr. 49. fr. 53 pr., fr. 64 D. XXI, 2, e la spiegazione del fr. 64 § ult. D. eod. nell'*Arch. della Prat. c.* VII, 2. p. 207. — fr. 23 § 1 D. XLI, 3 *De usurp.* Ma s'è stata evinta la colonna di un edifizio, la tavola di una nave (vedi il presente paragrafo più sopra), la prole di una schiava o il parto di un animale, in tali casi non si può esigere prestazion d'evizione, fr. 36, fr. 42, fr. 43 D. XXI, 2. — Altri, come p. e. Mühlenbruch § 623, n. 8, sono di avviso, che questi passi trattino della stipulazione.

§ 490.

Requisiti dell'evizione.

Affinchè nasca l'obbligo di prestar evizione, oltre ad un giusto titolo (§ antec.),

I. si richiede che la cosa, di cui si tratta, sia già stata veramente evinta, poichè per un'evizione soltanto minacciata l'autore non è tenuto, come non lo è neppure per un'evizione tentata, ma non peranco realizzata (*a*). Il compratore, se appena conchiusa la compra-vendita è imminente una evizione, e non viene per ciò cautato, non può venir costretto al pagamento del prezzo (*b*). Che se l'autore ha trasferita dolosamente una cosa altrui, in tal caso egli è tenuto a prestar evizione, prima ancora che venga evinta la cosa (*c*):

II. si richiede che la cosa venga evinta mediante l'Autorità giudiziale; se dunque l'impetito fece un compromesso (§ 546) e restò soccombente in forza di una decisione arbitramentale, in tal caso non si può pretendere la prestazione dell'evizione (*d*):

III. è necessario che l'evizione succeda per una causa, che già esisteva al tempo che fu conchiuso il contratto: se dunque la cosa deperì o deteriorò posteriormente (*e*), o se il possessore fu espulso dal suo possesso per violenza, o per comando del Principe, senza giudiziale procedura (*f*), o finalmente per una ingiusta sentenza giudiziale; in tutti questi casi non esiste obbligo di prestar evizione (*g*):

IV. conviene che l'evizione abbia avuto luogo senza colpa di quello, a cui fu evinta la cosa; e perciò dovrà esso difendere in ogni miglior modo possibile la propria causa (*h*), e denunziare il processo promossogli (*litem denuntiare*) al suo autore, e se di questi ve ne sono più di uno, deve denunziarlo a tutti, affinchè essi possano somministrare gli occorrenti mezzi di difesa (*i*); dal che ne consegue nello stesso tempo che la denunzia di lite si deve fare in modo, che vi sia ancora tempo alla difesa (*k*). Ma l'omissione della medesima non è di pregiudizio, se l'autore impedisce ch'essa gli pervenga, o se l'evinto non può sapere la dimora del suo autore (*l*), se inoltre l'obbligo alla denunzia di lite fu rimesso col contratto (*m*), o s'è patente il diritto più forte dell'evincente (*n*).

(*a*) c. 3 C. VIII, 45. « *Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest.* » c. 9 C. eod.

(*b*) c. 24 C. eod. Si può per analogia estendere questa disposizione anche ad altri contratti.

(*c*) fr. 30 § 1 D. XIX, 1 *De act. emt.*

(*d*) fr. 56 § 1 D. XXI, 2.

(*e*) fr. 21 pr., fr. 64 pr., fr. 70 D. XXI, 2 — c. 26 C. VIII, 45.

(*f*) fr. 11 pr. D. XXI, 2. — c. 17 C. IV, 49 *de act. emt.*

(*g*) fr. 51 pr. D. XXI, 2 « *Quid refert, sordibus judicis, an stultitia res perierit? injuria enim, quae fit emtori, auctorem non debet contingere.* »

(*h*) fr. 55 pr. fr. 66 pr. D. eod.

(*i*) fr. 62 § 1 D. eod. — fr. 53 § 1 D. eod. — c. 8, 20, 21 C. VIII, 45 Sull'obbligo di denunziare la lite, Vedi l'*Arch. della Pr. civ.* X, 3 p. 355.

(*k*) fr. 29 § 2 D. eod.

(*l*) fr. 55 § 1, fr. 56 § 5, 6 D. eod.

(*m*) fr. 63 pr. D. eod.

(*n*) fr. 53 § 1 D. eod. — fr. 11 § 12 D. XIX, 1 *de act. emt. et vend.* Weber: *Supplementi alla dottrina delle Azioni* I, n. 5. Di opinione diversa è Malblanc ne' suoi *Princip. jur. rom.* § 590, n. III.

§ 491.

Effetti della medesima.

Evinta la cosa, nasce un'azione:

1. pel rimborso del prezzo della cosa evinta, per la cui determinazione serve di norma il tempo, in cui ebbe luogo l'evizione, cosicchè l'autore deve restituire ora più, ora meno, di ciò ch'egli ha ricevuto (*a*);

(*a*) fr. 66 § 3, fr. 70 D. XXI, 2 — fr. 45 pr. D. XIX, 4 *de act. emt.* Se l'autore deve restituire un prezzo maggiore, questo non può oltrepassar il doppio di ciò ch'esso ricevette, fr. 43, fr. 44 D. XIX, 1.

2. pel pagamento dell'*id quod interest*, sotto cui devesi intendere il danno tanto positivo che negativo (confr. §§ 529 nota *b* e § 551) (*b*);

3. pel rimborso delle spese processuali (*c*), non meno che

4. di quelle fatte per la cosa, purchè non le debba forse compensare lo stesso evincente (§ 223) (*d*).

A queste prestazioni è obbligato l'autore, senza distinzione, tanto se sapeva, come se non sapeva di aver trasferita una cosa altrui (*e*); egli non ne viene liberato nemmeno se si abbia procurata la cosa evinta, e la voglia consegnare di nuovo a quello a cui fu evinta (*f*). Se l'obbligo all'evizione dipende da una stipulazione, chi risente danno per causa dell'evizione può ripetere ciò che gli fu promesso, mediante l'*actio ex stipulatu* (*g*); ed è da notare che nella vendita di schiavi e giumenti il venditore, giusta l'editto degli Edili, è obbligato di promettere al compratore il doppio prezzo pel caso dell'evizione, cioè primieramente il prezzo semplice di compra-vendita, e poi altrettanto (*alterum tantum*) invece dell'*id quod interest* (*duplae stipulatio*); ciocchè in seguito fu esteso anche alle cose immobili, ed alle cose mobili preziose (*h*). Se gli autori sono più di uno, suppliscono a queste prestazioni in proporzione delle loro parti (*i*), quando non siano per legge obbligati alla solidarietà (§ 459).

Che se lo stesso autore fosse quello che rivendica la cosa, è ben naturale ch'esso venir può respinto coll'*exceptio doli*; ma l'impetito ha la scelta, o di trattenersi la cosa appoggiato a quella eccezione, o di restituirla e domandare l'*id quod interest* (*k*).

L'obbligo all'evizione cessa:

A. se al contratto fu aggiunto il patto che non si abbia a prestar evizione; ed in questo caso l'autore non è tenuto a pagare nè il prezzo della cosa evinta, nè l'*id quod interest*, tranne s'egli avesse consegnata dolosamente una cosa altrui (*l*);

B. se l'acquirente sapeva che la cosa ch'egli riceveva apparteneva ad altrui, od era vincolata a pegno (*m*);

C. se quegli che sofferse l'evizione eredita dal suo autore, o viceversa (*n*).

§ 492.

Dell' indennizzo per difetti naturali. Editto degli Edili circa gli oggetti di compra-vendita (*a*).

L'autore, in tutti gli affari onerosi, deve già per la loro natura garantire tanto pei difetti non apparenti, quanto per le qualità promesse

(*b*) fr. 8, fr. 47, fr. 51 § 3 D. XXI, 2.
(*c*) fr. 17 C. VIII, 45.
(*d*) fr. 45 § 1 D. XIX, 1 — c. 9, 10 C. VIII, 45.
(*e*) fr. 43 in fine D XIX, 1 — fr. 8, fr. 60, fr. 70 D. XXI, 2 — c. 23 C. VIII, 45.
(*f*) fr. 67 D. XXI, 2 « *Emptori post evictionem servi, quem dominus abduxit, venditor eumdem servum post tempus offerendo, quo minus praestet, quod emtoris interest, non recte defenditur.* »
(*g*) fr. 56 pr. D. XXI, 2 « *Si dictum fuerit in vendendo, ut simpla promittatur et triplum, aut quadruplum, ex emto perpetua actione agere poterit.* »
(*h*) fr. 2, fr. 37 D. XXI, 2 — fr. 31 § 20 D. XXI 1 *de aedil. edict.* — fr. 5 pr. in fine D XLV, 1 *de verb. oblig.* Confr. la nota *z* del § 193.
(*i*) fr. 39 § 2 D. XXI, 2 — c. 2 C. VIII, 45.
(*k*) fr. 17, fr. 18 D. XXI, 2 — fr. 1 pr. D. XXI, 3 *de except. rei vend. et trad.*
(*l*) fr. 10 D. XVIII, 4 *de hered. vel act. vend.* - fr. 11 § 18 D. XIX, 1 *de act. emt.* Confr. Glück XX, p. 295-330 intorno alla controversia originata dal fr. 11 § 18.
(*m*) c. 27 C. VIII, 45 — c. 7 C. III, 33 *Comm. utriusque judic.*
(*n*) fr. 40, fr. 41 D. XXI, 2.
(*a*) D. XXI, 1 *de aedil. edict.* — C. IV, 58 *de aedilitiis action.* — L. G. Neustetel *Osservazioni intorno l'editto degli Edili* nelle *Disquisizioni di Diritto romano* di Neustetel e Zimmern, Heidelberga 1821 n. IX. — Unterholzner *Della vendita di cose aventi difetti* nell'*Arch. della Prat. civ.* VI, 1, p. 60-110 — Gesterding *Sette Dissertazioni sull'editto degli Edili* nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* VI, 1, p. 1.

della cosa alienata, cosicchè il danneggiato, mediante l'azione di contratto, può pretendere l'annullazione dell'affare, o la riduzione di ciò ch'egli ha dato o promesso (*b*). Fu inoltre ordinato da un editto degli Edili curuli che i venditori di schiavi e di animali da soma debbano avvertire i compratori delle malattie e dei difetti non apparenti (*c*), che i medesimi avessero e che fossero di qualche rilievo (*d*). Il venditore è poi anche responsabile, s'egli attribuì alla cosa delle qualità che non ha, se risulta il contrario (*e*); purchè non lo abbia fatto che per raccomandare la cosa, ma invece abbia promesso di prestare ciò che ha detto (*f*). È altresì da osservare che, se taluno promise una cosa di una certa qualità, non è necessario che tal qualità sia assolutamente perfetta, ma basta che la cosa possegga quella qualità in grado mediocre, tranne s'egli si fosse espressamente obbligato di prestare una cosa della migliore qualità (*g*).

Se dei giumenti furono messi in buon arnese per poterli più facilmente vendere, devono venir consegnati ai compratori coi fornimenti che hanno indosso (*h*).

Ciò che fu promesso come accessorio, venir deve prestato in uno stato egualmente buono che l'oggetto principale venduto (*i*).

Finalmente il venditore deve sopra ricerca del compratore prestargli cauzione ch'esso gli pagherà il doppio di quanto la cosa avrà perduto in valore per cagione di un difetto (*k*).

Ciò che l'editto ordinò per gli schiavi e gli animali da soma venne esteso tanto ad altri oggetti mobili ed immobili (*l*), quanto anche agli altri contratti, con cui viene trasferita la proprietà in altri (*m*). Tuttavia l'editto degli Edili non ha applicazione nei seguenti casi:

A. trattandosi di alienazioni fatte dal fisco (*n*);

B. o di cose irrilevanti (*o*);

C. se si fece il patto che il venditore non abbia ad esser responsabile pei difetti in generale della cosa venduta, o in particolare per un difetto determinato; il qual patto, se il contraente non agì dolosamente, è valido (*p*);

D. nella vendita di una massa (*q*);

(*b*) fr. 6 § 4, fr. 11, § 3 D. XIX, 1 *de act. emt.*

(*c*) fr. 1 § 6, fr. 14 § 10, fr. 48 § 3 D. XXI, 1 Confr. Gesterding nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 1, pag. 18. « *È obbligato il venditore a prestare evizione per quei difetti che soltanto l'occhio del conoscitore può scoprire?* » È chiaro per sè, che qui s' intendono quei difetti ch'esistevano già all'epoca in cui venne conchiuso il contratto, fr 54 D. eod. — c. 3 C. IV, 58.

(*d*) fr. 1 § 8, fr. 10 § 2, fr. 12 § 1, fr. 48 § 8 D. eod.

(*e*) fr. 1 § 1, fr. 17 § ult. D. eod.

(*f*) fr. 19 pr. § 3 D. eod.

(*g*) fr. 18, fr. 19 § 4 D. eod.

(*h*) fr. 38 pr. § 11, 12, fr. 37 D. eod. - Muhlenbruch § 624 nota 18.

(*i*) fr. 32, fr. 33 pr. D. eod. — fr. 27 D. XIX, 1 *de act. emt.*

(*k*) fr. 28, fr. 31 § 20 D. XXI, 1 — fr. 32 pr. § 1, fr. 16 § 2 D. XXI, 2 *de evict.*

(*l*) fr. 1 pr. fr. 38 § 5, fr. 49, fr. 61, fram. 63 D. XXI, 1 — fr. 13 pr., fr. 21 § 2, fr. 6 § 4 D. XXI, 1 *de act. emt.* — Gans nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 1, p. 112 è di parere che non si possa estendere l'editto degli Edili ad altri oggetti oltre agli schiavi ed ai giumenti: ma veggasi ciò che osservano in contrario Thibaut e Unterholzner nello stesso *Archiv.* V, 3, p. 350 e VI, 1, pag. 75.

(*m*) fr. 19 § 5 D. XXI, 1. Confr. anche c. 4 C. VIII, 45 *De evict.* — L'editto non si estende quindi alle donazioni, fr. 62 D. XXI, 1, nè alla locazione, fr. 63 D. eod.

(*n*) fr. 1 § 3 D. eod.

(*o*) fr. 48 § 8 D. eod.

(*p*) fr. 31 D. II, 14 *De pact.* — fr. 14 § 9 D. XXI, 1. Günther § 968 è di opinione che sia invalido quel contratto con cui un contraente si riserva in genere di non prestare evizione pei difetti della cosa: veggasi però Neustetel p. 207 e 208.

(*q*) fr. 32, fr. 33 pr., fr. 35 pr. D. eod.

§ 493.

Delle azioni edilizie, cioè dell'azione redibitoria, e quanto minoris, *ossia estimatoria.*

Le azioni, di cui il danneggiato si può servire contro chi non manifestò i difetti occulti della cosa dedotta in contratto, nascono o dal Diritto civile, o da un contratto speciale, o dall'editto degli Edili.

Secondo il diritto civile, ha luogo l'azione del contratto, p. e. nella compera l'*actio emti*, circa la quale si deve distinguere se il venditore conosceva o no il difetto della cosa venduta; poichè se non lo conosceva, dovrà prestare soltanto ciò che il compratore avrebbe dato di meno se gli fosse stato noto il difetto; ma se lo occultò scientemente, deve risarcire al compratore ogni danno derivatogli dalla compra (*a*). Anzi se questo, conoscendo il difetto non avrebbe neppure comprata la cosa, può esso mediante l'azione del contratto chiedere lo scioglimento dell'affare (*b*).

In forza di un contratto speciale l'attore ottiene ciò che il venditore avea promesso (*c*).

Dall'editto degli Edili nascono specialmente due azioni (*d*), cioè l'azione redibitoria (*actio redhibitoria*) e l'azione *quanto minoris*, ovvero estimatoria (*e*); la prima tende allo scioglimento del contratto, colla seconda si ottiene che il venditore restituisca tanto del prezzo acquistato, quanto la cosa ha diminuito di valore a cagione del difetto (*f*).

A. Perciò se fu intentata l'azione redibitoria, il venditore deve restituire il prezzo e i suoi interessi, e ciò che fu dato dietro sua volontà o altrimenti in causa della compera (*g*), come altresì le spese necessarie ed utili fatte per la cosa, ad eccezione del cibo somministrato agli schiavi, e del foraggio dato agli animali (*h*), e per ultimo deve egli liberare il compratore delle obbligazioni a cui questi fosse assoggettato a cagione della compra (*i*). S'egli non soddisfa a tutto ciò, viene condannato a pagare il doppio del prezzo, e di ciò ch'egli dovrebbe ancora risarcire (*k*).

Ma anche il compratore deve restituire la cosa con ogni sua pertinenza (*l*), e coi frutti percetti e da percepirsi (*m*), e liberarla dai pesi ch'egli forse v'impose (*n*), come non meno risarcire il danno, se la cosa deteriorò per colpa sua propria, o della famiglia, o de' suoi procuratori (*o*).

Se furono alienate più cose, e se non possono venir separate senza grave nocumento, p. e. una coppia di cavalli, o senza ledere i sentimenti d'umanità, come p. e. due schiavi strettamente congiunti; in tal caso venne ordinato dall'editto che, quantunque una sola di esse sia da riprendersi, si debbano riprendere ambedue (*p*).

Le regole ora spiegate non possono

(*a*) fr. 13 pr. D. XIX, 1 *De act. emt.* — fr. 45 D. XVIII, 1 *De contr. emt.*
(*b*) fr. 11 § 3 D. XIX, 1.
(*c*) fr. 19 § 2 D. XXI, 1. — fr. 16 § 2 D. XXI, *De evict.*
(*d*) Confr. Unterholzner p. 85.
(*e*) fr. 1 § 1, fr. 38 pr. D. XXI, 1 *De aedil. edict.*
(*f*) fr. 18 pr., fr. 23 § 1 D. eod.

(*g*) fr. 27, fr. 29 § 2 D. eod.
(*h*) fr. 29 § 3, fr. 30 § 1 D. eod.
(*i*) f.. 29 § 1, D. eod.
(*k*) fr. 45 D. eod.
(*l*) fr. 23 § 1 e 7, fr. 24, fr. 31 § 19 D. eod.
(*m*) fr. 23 § 9, fr. 31 § 2 D. eod.
(*n*) fr. 21 § 1, fr. 43 § 8 D. eod.
(*o*) fr. 1 § 1, fr. 23 pr., fr. 25 pr. § 1-7, fr. 31 § 11-15 D. eod.
(*p*) fr. 34, fr. 35, fr. 38 pr. § 12, 14, fr. 39, fr. 40 pr. D. eod. — C. J. de Gmelin *Comment. jur. c. de singulari jure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur, praecipue circa emt. vend.* Tubingae 1814.

com'è ben naturale, esser applicate all'azione *quanto minoris*.

B. Ambedue queste azioni possono intentarsi replicatamente, cioè ogni qual volta si manifesta un nuovo difetto; ma chi restò vincitore nell'azione redibitoria, non può avere alcun'altra azione ulteriore (*q*):

C. È rimesso all'arbitrio del danneggiato di servirsi di quell' azione che più gli aggrada (*r*): poichè quantunque molti autori sostengono che soltanto per un difetto essenziale si possa agire per la riconsegna della cosa, e che per qualunque altra mancanza non si possa pretendere per un ribasso di prezzo (*s*); tuttavia questa distinzione non è fondata nella Legge (*t*).

Segue poi dalla natura stessa della cosa, che il giudice, quantunque fosse stata intentata soltanto l'azione estimatoria, deve condannare la parte a ricevere in dietro la cosa, se questa è per siffatta guisa priva di valore, che non possa giovare ad alcuno; poichè in tal caso è impossibile che chi fece uso dell' azione estimatoria acquisti di meno se viene restituito l'intiero prezzo, è ben naturale che anche la cosa venir debba restituita (*u*).

D. L'azione redibitoria si può promuovere soltanto entro sei mesi, e l'azione estimatoria entro un anno; il tempo viene calcolato *utilmente*, cominciando a decorrere dal giorno della vendita, o, s'ebbe luogo una speciale promessa pel caso che venissero scoperti difetti, dal momento della promessa; purchè il compratore non abbia scoperto il difetto soltanto posteriormente; nel qual caso ritenuto che la sua ignoranza non derivi da grave trascuratezza, l'azione comincia a decorrere dal momento della scoperta del difetto (*v*). Ma se coll'azione si domanda che vengano presi indietro degli animali da soma, perchè non furono consegnati coi fornimenti che aveano all'atto della vendita, l'azione in tal caso dura soltanto due mesi (*x*); e se il venditore non vuol prestar la cauzione per l'esborso del doppio prezzo, la Legge accorda contro di lui l'azione per la riconsegna da farsi valere entro due mesi (*y*), ovvero l'azione pel pagamento dell'*id quod interest* da esercitarsi entro sei mesi (*z*).

E. Finalmente è da osservare che le azioni civili non vengono escluse dalle azioni edilizie, ma che dipende dall'arbitrio del danneggiato di scegliere le une o le altre (*aa*). La differenza tra queste due specie d'azioni consiste specialmente in ciò, che le azioni del contratto hanno una estensione maggiore che quelle edilizie (*bb*), e che le prime sono perpe-

(*q*) fr. 31 § 16, fr. 48 § 7 D. eod.
(*r*) fr. 18 pr. fr. 31 § 5, fr. 48 § 2 D. eod.
(*s*) Vedi Günther § 970, e J. H. Westhoff *Vindiciae communis doctrinae de act. redhib. ob vitium rei venditae minus principale haud competente adversus Feuerbachii objectiones*, Helmst. 1804. — I primi che impugnarono una tale opinione furono Feuerbach nelle sue *Dissert. civ.* 1803, I, 2, e Thibaut nella prima ediz. del *Diritto delle Pandette* del 1803. Oggigiorno pressochè tutti gli scrittori hanno adottato la opinione di Feuerbach e Thibaut. Confr. Unterholzner p. 88.
(*t*) fr. 1 § 8, fr. 10 § 3, 4, fr. 12 § 1, fr. 14 § 4, 8, fr. 31 § 21, fr. 48 § 2 D. eod.
(*u*) fr. 43 § 6 D. eod. — fr. 25 § 1 D. XLIV, 2 *de except. rei jud.* — Muhlenbruch III, § 624, nota 29.

(*v*) fr. 19 § ult., fr. 38 pr., fram. 48 § 2, fr. 55 D. XXI, 1.
(*x*) fr. 38 pr. D. eod.
(*y*) fr. 28 D. eod.
(*z*) fr. 28 D. eod. Confr. col fr. 2 D. XXI, 2 « *Si dupla non repromittetur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus erit reus.* »
(*aa*) fr. 11 § 7, 12 D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 44 § 1 D. XXI, 1 *de aedil. edict.*
(*bb*) fr. 4 D. eod. « *Ob quae vitia negat. redhibitionem esse, ex emto tamen dat actionem.* — Quindi pei difetti di mente di uno schiavo, di regola, non si può agire in base all' Editto fr. 4

tue, e temporarie all'incontro, come vedemmo, le seconde.

§ 494.

C. *Determinazioni accidentali.* *Dei contratti condizionali.*

Riguardo ai contratti conchiusi sotto una condizione, oltre alle regole generali (§ 92), vuolsi osservare quanto segue.

A. Una condizione fisicamente impossibile tanto affermativa, quanto negativa, rende nullo l'affare (*a*).

B. Una condizione moralmente impossibile ingiunta al promissario, come anche quella ch'esso non faccia nulla contro alle Leggi o al buon costume, produce egualmente la nullità del contratto (*b*): che se taluno abbia promesso qualche cosa pel caso ch'egli sia per fare un'azione contraria alle leggi od ai buoni costumi, all'avverarsi della condizione egli è obbligato ad adempiere la promessa (*c*).

C. Finchè pende una condizione resolutiva, il contratto ha piena efficacia come se non vi fosse condizione: quello al quale fu trasferita sotto tal condizione una cosa ne acquista la proprietà, e la può rivendicare, alienare, percepirne i frutti, e ne porta anche il danno fortuito (*d*). Se cessa la condizione, il contratto resta valido (*e*); se essa all'incontro si verifica, il contratto viene sciolto, e la cosa consegnata si deve restituire.

Se poi a questo fine abbia luogo un'azione reale, ovvero soltanto un'azione personale è cosa dubbia e controversa. Certo si è che nel caso, in cui la condizione resolutiva è potestativa, e dipende dall'arbitrio di chi deve restituire la cosa, questa si può ripetere soltanto da lui, e che i pesi di cui nel frattempo è stata caricata la cosa restano validi (*f*). Se poi si tratta di qualunque altra condizione risolutiva, sembra che possa aver luogo l'azione rivendicatoria, se fu stabilito che all'avverarsi della condizione il contratto debbasi ritenere come non fatto (*g*). In ogni altro caso ha luogo soltanto l'azione personale (*h*).

Se la intenzione dei contraenti è dubbiosa, le Leggi talvolta ammettono una presunzione: così p. e. viene presunto che un contratto di compra-vendita: cui fu aggiunto il *pactum addictiones in diem* (§ 567), venga sciolto in guisa, che la cosa consegnata si possa rivendicare (*i*).

I frutti percetti si devono sempre restituire tanto se fu intentata un'azione reale, quanto se un'azione personale; tranne se ha luogo compensazione fra il prezzo perduto e i frutti percetti (*k*).

pr. § 1 D. eod., ma sibbene coll'azione del contratto, fr. 1 § 9 in fine § 10 § 11 D. eod.

(*a*) § 11 *Inst.* III, 19 (20) *de inutil stip.* — fr. 9 § 6 D. XII, 1. *de reb. cred.* — fr. 1 § 11 D. XLIV 7 *de oblig. et act.*

(*b*) fr. 7 § 3 D. II, 14 *de pact.* — fram. 123 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*c*) fr. 121 § 1 D. XLV, 1 — c. 1, 2 C. IV, 56 *Si mancip. ita ven., ne prostituatur.*

(*d*) fr. 41 pr., fr. 66 D. VI, 1 *de rei vind.* — fr. 2, fr. 4 § 3 D. XVIII, 2 *de in diem addict.* — fr. 2 § 4 e 5 D. XLI, 4 *Pro emt.*

(*e*) fr. 6 pr. D. XVIII, 2.

(*f*) fr. 3 D, XX, 6 *Quib. mod. pign. solv.*

(*g*) O se l'acquirente, come si esprime Müller nelle sue *Dissertazioni civili* I, p. 270, colla consegna non ha da conseguire che una proprietà limitata nella sua durata, fr. 41 pr. D. VI, 1 *de rei vind.* — fram. 8 D. XVIII, 3 *de leg. commiss.* — c. 4 C. IV, 54 *de leg. commiss.* — c. 4, C. IV, 54 *de pactis inter emt. et vend.*

(*h*) c. 3 C. eod. - fr. 16 D. XVIII, 2 *de in diem addict.* Confr. Zimmern nell'*Arch. della Pr. civ.* V, 2, n. 9 e Thibaut nello stesso *Arch.* XVI. 3 n. 14, contro Riessert nel *Giorn. del Dir. e Pr. civ.* II, 1, n. 1 e II, 2. n. 8.

(*i*) fr. 4 § 3 D. XVIII, 2 Vedi Zimmern nell'*Arc. della Prat. civ.* V, 2, p. 241 *Sulle condizioni resolutive.* Gli altri patti che ordinariamente si aggiungono al contratto di compra e vendita, si vedranno al § 568-573.

(*k*) fr. 6 pr., fr. 16 D. XVIII, 2 *de in diem addict.* — fr. 4 pr. § 1 D. XVIII, 3 *de lege commiss* — fr. 11 § 10 D. XLIII, 24 *Quod. vi aut.* — fr. 7 § 1, fr 12 D. XII, 4 *de condict. caus. dat.* Sono in parte di opinione differente Thibaut nelle sue

D. Se pende una condizione sospensiva, benchè la cosa sia stata consegnata, il ricevente non ne acquista nè la proprietà, nè la capacità di usucapire, nè va soggetto al rischio del deperimento fortuito, sebbene se la cosa fu soltanto deteriorata, ne tocchi a lui il danno (*l*).

Nessuno dei contraenti può recedere dal contratto (*m*), e il promittente non può in generale far nulla, che impedisca l'adempimento della condizione (*n*), e passa agli altri eredi tanto il diritto quanto l'obbligazione del defunto (*o*).

Se la condizione si realizza, il contratto si compie (*perficitur*); e la condizione, se non è potestativa dipendente dall'arbitrio del debitore (*p*), viene riferita all'epoca in cui fu conchiuso il contratto (*q*); e perciò l'alienante deve restituire i frutti ch'egli percepi dalla cosa nel frattempo (*r*).

Se la condizione non si verifica, il contratto si tiene come non conchiuso, cosicchè l'alienante può rivendicare la cosa da qualunque possessore (*s*).

§ 495.
Dei contratti a tempo determinato.

Se fu conchiuso un contratto sotto una condizione di tempo, valgono le regole generali (§ 93); è soltanto ancora da osservare, che il giorno venuto non viene riferito al principio del contratto (*a*), e che una determinazione di tempo in cui sia soltanto incerto quando esso sia per giungere, non è da ritenersi per una condizione (*b*).

§ 496.
Dei contratti per uno scopo determinato.

Secondo la idea dello scopo da noi stabilita nella parte generale, esso, in quanto ai contratti, ha luogo soltanto nelle donazioni e negli altri contratti gratuiti. Siccome poi tutte le regole già sviluppate al § 94 valgono anche qui, così non è necessario che ce ne occupiamo di nuovo.

§ 497.
Della Caparra.

La caparra (*arrha*) è ciò che si dà in segno di un contratto già conchiuso e da conchiudersi (*a*).

Diss. civ. n. 17, p. 365 e Kaufmann § XXXI nota *n*. Müller nelle sue *Diss. civ.* I, p. 292 è di avviso che non si possano ripetere i frutti percetti prima dell'adempimento della condizione coll'azione di proprietà nei casi in cui essa ha luogo, ma che si debban invece domandare coll'azione personale nascente dal contratto, e ciò per la ragione, che il proprietario che rivendica la sua cosa non può esigere i frutti percetti che per quel tempo pel quale li avrebbe percetti egli stesso, se fosse stato in possesso, e questo non gli fosse stato sottratto illegalmente da terzi, fr. 16 D. XVIII, 2 *de in diem. addict.* — fr. 11 § 10, 12 D. XLIII, 24 *Quod vi aut clam*, comb. col fr. 4 § 4 D. XVIII, 2 — Ma contro un tale argomento Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* XVI, 3, pag. 416 riflette che si deve ritenere per una finzione legale che il compratore non fosse proprietario; con che esso dovrebbe naturalmente venir giudicato secondo i principj del possesso di buona fede.

(*l*) fram. 8 pr. in fine D, XVIII, 6 *de peric. et commod.* — fr. 4 pr. D. XVIII, 2 *de in diem addict.* — fr. 2 § 2 D. XLI, 4 *Pro emt.*

(*m*) c. 5 C. IV, 10 *de oblig. et act.*

(*n*) fr. 85 § 7 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*o*) § 4 *Inst.* III, 15 (16) *de verb. oblig.* — fr. 57 D. XLV, 1.

(*p*) fr. 4 D. XX, 3 *Quae res pign.* — fr. 9 § 1, fr. 11 pr. D. XX, 4 *Qui potior.*

(*q*) fr. 11 § 1 D. XX 4 — fr. 78 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — fr. 16 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*r*) fr. 11 § 10 D, XLIII, 24 *Quod vi aut clam.* — c. 16 C. IV, 49 *de act. emt.*

(*s*) fr. 37 D. XVIII, 1 *de contr. emt.*

(*a*) fr. 41 § 1 in fine D. XLV, 1. — arg. fr. 43 § 2 D. *de legat.* II.

(*b*) Confr. fr. 10, fr. 16 § 1 fr. 17, fr. 18 D, XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 46 pr. D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*a*) Ordinariamente si dà denaro in caparra; ciò non toglie però che non si possano dare anche

Se fu data qualche cosa in contrassegno di un contratto ancora da conchiudersi, ne segue che chi senza una causa legittima ricusa di conchiuderlo, perde la data caparra o deve esborsarne il doppio importo se l'ha ricevuta, quand'anche in proposito non fosse stato nulla stabilito (*b*).

Se vien data caparra in un contratto già conchiuso (*arrha confirmatoria, pacto perfecto data*), essa serve soltanto a prova o conferma del contratto medesimo, e perciò, eseguito che sia il contratto, viene restituita o calcolata nel prezzo (*c*).

Se poi fu stabilito che debba essere in arbitrio di ciascun contraente di recedere dal contratto già conchiuso qualora voglia perdere la caparra data, o restituire il doppio della caparra ricevuta, in tal caso la caparra chiamasi pena di recesso (*harra poenitentialis*) (*d*).

Del resto, devesi restituire la caparra anche nel caso che ambedue i contraenti con mutuo consenso recedano dal contratto, ovvero che ne receda un solo di essi, ma per un motivo legittimo. Per qualunque causa poi si ripeta la caparra, si può sempre valersi a tal effetto o della *condictio causa data, causa non secuta,* ovvero dell'azione del contratto (*e*).

§ 498.

Della pena convenzionale.

Dicesi pena convenzionale (*poena conventionalis*) (*a*) ciò che il debitore promette pel caso ch'egli per propria colpa non adempia l'obbligazione assuntasi. Essa può aver luogo in ogni contratto che non sia dalle leggi riprovato (*b*); anzi col promettere una tal pena si può fare che nasca da un contratto, il quale altrimenti non avrebbe avuto alcun vigore, come se qualcheduno ha promesso un'azione altrui (*c*).

Alla pena convenzionale non venne fissato verun limite, ed essa può essere perfino maggiore del prezzo stesso della cosa di cui si tratta, e perciò può importare il doppio, il triplo ec. della medesima, (*d*), purchè, dove si tratti dell'obbligo di prestare cose fungibili, non contenga in sè usura (*e*).

Gli effetti della pena convenzionale sono i seguenti:

I. Se trattandosi di un contratto già eseguito fu promessa la pena convenzionale pel caso che un contraente lo impugni, quegli a cui fu promessa ha la scelta d'insistere per la sussistenza del contratto, o di pretendere la pena (*f*); ma non può pretendere nello stesso tempo l'una e l'altra cosa, tranne se fosse stata pattuita la pena, fermo contemporaneamente il contratto (*g*).

II. Se la pena fu apposta ad un contratto non peranco eseguito, bisogna distinguere se fu promessa pel

alle cose mobili, fr. 35 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 11 § 6 D. XIX, 1 *De act. emt.*

(*b*) pr. *Inst.* 23 (24) *De emt. vend.* — c. 17 C. IV, 21 *De fide istrum.*

(*c*) fr. 5 § 15 D. XIV, 1 *De instit. act.* — fr. 11 § 6 D. XIX, 1 *De act. emt.*

(*d*) c. 3 c. 6 C. IV, 44 *De resc. vend.*

(*e*) fr. 11 § 6 D. XIX, 1. — c. 2 C. IV, 45 *Quando licet ab emt. reced.*

(*a*) § 7 *Inst.* III, 15 (16) *De verb. oblig.* — § 19 *Inst.* III, 19 (20) *De inutil. stip.* — fr. 11 § 2 D. IV, 8 *De recept.* — fr. 23 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.*

(*b*) fr. 61, fr. 123, fr. 134 pr. D. XLV, 1 *verb. oblig.* — c. 2 C. VIII, 39 *De inut. stip.*

(*c*) § 19, 21 *Inst.* III, 19 (20). — fr. 38 § 1, 2, 17 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*d*) fr. 32 pr. D. IV, 3 *De recept.* — fr. 56 pr. D. XXI, 2 *De evict.* Non osta la c. un. C. VI, 47 *De sentent. quae pro eo, quod interest., prof.* Vedi Donelli *Comm.* XXVI, 24.

(*e*) fr. 13 § 26 D. XIX, 1 *De act. emt.*

(*f*) fr. 10 § 1 D. II, 14 *De pact.* — fr. 15 D. II, 15 *De transact.* — c. 40 C. II, 4 *De transact.*

(*g*) fr. 16 D. II, 15. — fr. 122 § 6 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — c. 17 C. II, 4.

caso che non segua l'adempimento del medesimo entro un certo tempo, oppure pel caso in genere che il contratto non venga eseguito.

Nel primo caso quando sia in mora il debitore, può pretendere non solo la pena ma benanco l'esecuzion del contratto (*h*).

Nel secondo caso, bisogna ulteriormente vedere se il contratto possa ancora venir eseguito o no.

Se può venir eseguito, l'offerta della pena non assolve il promittente, a meno che non esista un patto in contrario; nel qual caso, il promissario può chiedere ad arbitrio o la pena convenzionale, o l'adempimento del contratto, s'egli in virtù di uno speciale intendimento non abbia anzi diritto di domandare ad un tempo l'una e l'altra cosa (*i*).

Ma se per colpa del promittente non si può più soddisfare all'obbligazione (*k*), compete al promissario la pena convenzionale in luogo dell'*id quod interest*; e se questo importasse di più che quella, egli ha diritto di ripetere ancora ciò che manca (*l*).

L'obbligo di pagare la pena convenzionale passa anche agli eredi (*m*).

§ 499.
Effetti dei contratti.

I diritti e gli obblighi nascenti da un contratto si riferiscono soltanto ai contraenti ed ai loro eredi (*a*); anzi non passano neppure agli eredi, se così fu pattuito (*b*), o se ciò risulta dalla natura del contratto (*c*). Quindi nessuno resta obbligato in virtù di un contratto seguito fra altri (*d*), od acquista da esso diritti, ad onta che il contratto fosse stato conchiuso in favore di lui (*e*); e perciò vale il noto assioma giuridico: ***res inter alios acta aliis nec prodest, nec nocet*** (*f*), se il promissario medesimo non ha interesse che la cosa venga prestata ad un terzo (*g*).

Vi sono per altro dei motivi, per cui una obbligazione si riferisce anche a terzi; i quali motivi si possono ridurre ai seguenti quattro:

1. la patria potestà,
2. la tutela e la curatela,
3. il mandato,
4. l'impiego di una cosa in vantaggio altrui; dei quali motivi noi abbiamo già in parte trattato (§§ 149 168), ed in parte siamo per trattare (§§ 542, 606-612) (*h*).

(*h*) fr. 115 § 2 D. XLV; 1. — fr. 71 pr. D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. 12 C. VIII, 38 *De contr. et committend. stip.*

(*i*) c. 14 C. II, 3 *De pact.* — fr. 115 § 2 D. XLV, 1.

(*k*) fr. 69 D. eod.

(*l*) fr. 41. fr. 42 D. XVII, 2 *Pro socio.* — fr. 28 D. XIX, 1 *De act. emt.* Confr. Günther § 940

(*m*) fr. 47 D. XIX, 1. — fr. 4 § 1, fr. 5 § 4. fr. 85 § 3 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*

(*a*) fr. 7 § 8 D. II, 14 *De pact.* — fr. 59 fr, 143 D. L. 17 *De reg. jur.* — c. 13 C. VIII, 38 *De contr. et commit. stip.*

(*b*) fr. 52 § 3 D. II, 14

(*c*) p. e. Il contratto di società o di mandato, nei quali si ha riguardo alla capacità di una determinata persona.

(*d*) § 8 *Inst.* III, 19 (20) *De inutil. stip.* — fr. 27 § 4 in fine D. II, 14 *De pact.* — fr. 38 pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — fr. 65 D. XLVI. 1 *De fidejus. et mandat.* — fr. 74 C. L. 17 *De reg. jur.* — t. C. VII, 60 *Inter alios acta vel judicata aliis non nocere.*

(*e*) § 4, 19 *Inst.* III, 19 (20). — fr. 11 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — fr. 38 § 17, fr. 110 pr., fr. 126 § 2 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — c. 6 C IV, 50 *Si quis alteri, vel sibi sub alt. nomine.* »

(*f*) Trattano più estesamente di questa regola J H. Böhmer *Diss. de jure ex pacto tertii quaesito*, Hal. 1735. — Bucher *Diritto delle obbligazioni* § 14-19.

(*g*) § 20 *Inst.* III, 19 (20) *De inut. stip.* — fr. 38 § 20-23, fr. 118 § 1 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* Il § 22 dice: «*si quis ergo stipulatus fuerit, quum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio.*» — fr. 23 D. II, 14 *De pact.* — c. 8 C III. 42 *Ad exhib.*

(*h*) Wening II, § 52-68.

§ 500.

Tempo dell' adempimento.

Che un' obbligazione debba venir adempita a tempo debito, è abbastanza noto da ciò che abbiamo già detto altrove (§ 471-474): qui noteremo soltanto, che il debitore, se fu destinato pel pagamento un dato giorno, può pagare anche prima di questo (*a*); tranne se il giorno fosse stato apposto in favor del creditore (*b*).

§ 501.

Luogo del medesimo.

Chi ha permesso di pagare in un luogo determinato, non può senza l'assenso del creditore pagare altrove (*a*); ma se per colpa del debitore non seguì il pagamento nel luogo stabilito, il creditore può pretenderlo anche in un altro luogo sempre unitamente all'*id quod interest*. A questo scopo negli affari di buona fede ha luogo l'azione che nasce dal contratto (*b*): negli affari di stretto Diritto sembrava non potersi domandare il pagamento in un luogo diverso dal pattuito, tranne il caso di una speciale stipulazione (*c*); ma siccome era cosa ingiusta che lo stipulante non potesse conseguire il suo, se il promittente non si recava mai nel luogo, in cui avea promesso di pagare (ciò che egli potea fare a bella posta, o perchè avesse molti affari in altri luoghi), così si accordò per questo caso un'azione utile (*actio utilis*) (*d*). Quest'azione, che dipende dal prudente arbitrio del giudice (*actio arbitraria*) (*e*) abbraccia l'utile d'ambedue le parti, cioè dell'attore e del convenuto; poichè se il convenuto perde pel cambiamento di luogo, l'attore all' incontro acquista tanto di meno quanto importa il danno del convenuto e viceversa (*f*).

Il giudice può assolvere il convenuto, se questi ha prestato cauzione pel pagamento da effettuarsi nel luogo pattuito (*g*).

Se la prestazione fu promessa copulativamente in più luoghi, si può domandarla in parte dappertutto (*h*); se fu promessa alternativamente, e non consta a chi competa la scelta, il debitore, prima che venga intentata l'azione, può scegliere il luogo del pagamento; dopo intentata l'azione, la scelta tocca al creditore (*i*).

Trattandosi della prestazione di un fatto, il luogo deve necessariamente esser determinato con precisione (§ 487).

Se nulla fu convenuto circa il luogo del pagamento, e si abbia da prestare una cosa determinata, questa dev' essere consegnata ove si trova; una cosa di un dato genere si deve consegnare dov' essa viene domandata (*k*).

(*a*) fr. 59 D. XLIV. 7 *De oblig. et act.* — fr. 32 § 16, fr. 41 § 1 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — fr. 70. fr. 98 § 4 D XLVI, 3 *De solut.*

(*b*) fr. 43 § 2 D. *De legat.* II. — fr. 122. pr. D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — fr. 17 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*a*) fr. 9 D. XIII, 4 *De eo, quod certo loco dari oportet.*

(*b*) fr. 7 pr. D. eod. Se in un negozio di buona fede il creditore brama che gli venga consegnata la cosa in un luogo diverso da quello convenuto, esso può bensì esigerlo, ma deve pagare al debitore, se questo non è in colpa, l'*id quod interest*, arg. fr. 2 pr. § 8, fr. 3 D. eod.

(*c*) fr. 7 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 1 D. eod. — c. un. C. III, 18 *Ubi conveniatur, qui certo loco dare promis.*

(*e*) Che una tale azione non si possa chiamare, che erroneamente, *condictio* (*de eo quod certo loco*) consta già dalla natura di una *condictio*, ch'è affatto diversa da un'azione arbitraria (§ 111) Confr. Gans *Diritto delle obbligazioni*, p. 71-75. — Radda nel *Giorn.* di Wagner 1826, III, p. 94.

(*f*) fr. 2 pr. D, eod. — Confr. fr. 2 § 8 fr. 3 D. eod.

(*g*) fr. 4 § 1 D. eod.

(*h*) fr. 2 § 4 D. eod.

(*i*) fr. 2 § 2, 3 D. eod.

(*k*) fr. 47 § 1 D. *de legat.* I. — fr. 38 D. V, 1 *de jud.* — fr. 1 D. XXXIII, 1 *de annuis legat.*

CAPO III.

De' contratti e patti in senso stretto.

§ 502.
Differenza fra contratti e patti.

Ogni convenzione da cui già, secondo il Diritto antico, nasceva un'azione, si chiama contratto (*contractus*) (confr. § 456 in fine), le altre convenzioni da cui giusta lo stesso Diritto, non nasceva alcun'azione si dicono patti in senso stretto (*a*) (confr. § 544).

SEZIONE I.

Dei contratti.

§ 503.
Divisione dei contratti.

Nei più antichi tempi di Roma nasceva dalle convenzioni un'azione soltanto, allorquando taluno coll'accettare una prestazione si obbligava verso di un terzo, o quando la promessa veniva fatta in formule solenni. Quest'ultima maniera potea aver luogo in tutte le convenzioni; ma trattandosi di una prestazione già accettata, quattro soltanto erano le convenzioni da cui nasceva un'azione, cioè il mutuo, il comodato, il deposito ed il pegno. In seguito fu ammesso che anche le convenzioni estese in iscritto avessero il vigore di contratti; e finalmente essendosi esteso il traffico, venne accordata un'azione di altre quattro convenzioni formate col solo scambievole consenso delle parti; cioè ai contratti di compra-vendita, di locazione, di società, e di mandato (*a*). Perciò dicevano anche i Giureconsulti antichi; p. e. Cajo (*b*), che i contratti si possono fare in quattro maniere, cioè colla consegna, a voce, in iscritto, o col solo vicendevole consenso (*re, verbis, literis, consensu*), e questa divisione fu ritenuta anche nel Diritto nuovo (*c*).

Pel pubblico vantaggio i pretori registrarono in una tabella (*in albo*) tutti i contratti, da cui nasceva un'azione, dando ad ognuno il suo nome ed un'azione appellata dal contratto stesso, colla relativa formula del libello. Perciò tutti questi contratti si chiamano contratti nominati (*contractus nominati*).

Le altre convenzioni (*pacta*) o non avevano nessun effetto legale (*pacta reprobata*), od avevano gli altri effetti legali, tranne quello di produrre un'azione (*pacta non reprobata*). Ma siccome doveva parere ingiusto che taluno acquistasse una cosa senza restare obbligato egli stesso, così invalse a poco a poco la massima, che chi prestava qualche cosa in virtù di un patto non riprovato potesse impetire l'altro contraente per l'adempimento della sua promessa, mediante una azione defluente dal contratto stesso.

In tal maniera la maggior parte dei patti assunsero la natura di contratti; ma siccome la loro diversità era sì grande, che non poterono essere iscritti nell'albo del Pretore colla rispettiva loro azione e formula del libello, così furono chiamati contratti innominati (*contractus innominati*) (*d*),

(*a*) fr. 7 pr. § 1, 2, 4, D. II, 14 *de pact.* Confr. il *Mag. civ.* di Hugo 1, p. 188-192 — *de origine et progressu discriminis contractuum atque pactorum apud Romanos, auctore* Marco Jaeger, Francof. ad Moen 1827.

(*a*) Meister *Jur. rom. priv.* § 451-456. Questi quattro contratti e quelli reali si chiamano contratti del Diritto delle Genti, fr. 5, fr. 7 pr. § 1 D. II, 14 *de pact.* - fr. 1 § 2 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 5 D. I, 1 *de just. et jure.*

(*b*)) Gaji *Inst.* III, 89 — fr. 1 pr. D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*c*) § 1 *Inst.* II, 13 (14).

(*d*) Non ammette tali contratti Gans *Diss.* III. Ma veggasi fr. 2, fr. 3, fr. 4, fr. 15, fr. 19 pr. fr.

nei quali la formula del petito veniva formata a norma del fatto della già seguita prestazione (*actio in factum*), e tale formula veniva prescritta dal pretore al giudice, affinchè questi potesse pronunziare, senza attenersi allo stretto diritto (*actio praescriptis verbis*).

Quantunque in seguito parecchi di questi contratti abbiano acquistato un nome loro proprio ed una corrispondente azione (§ 510, 511 e 513), tuttavia non mutarono essi per questo natura (*e*).

TITOLO I.

Dei contratti reali.

A. *Contratti reali nominati.*

§ 504.

I. *Il Mutuo* (*a*).

Il contratto di mutuo (*mutuum*) ha luogo quando vengono a taluno consegnate delle cose fungibili perchè ne possa disporre ad arbitrio, ma a condizione che, dopo un certo tempo, debba restituire altrettanto della stessa specie e qualità (*b*). Anche la cosa che viene consegnata chiamasi *mutuo* nei fonti (*c*).

22 D. XIX, 5 *de praescript. verb.* — fr. 7 § 1, 2 D. II, 14 *de pact.* - fr. 1 pr. D. XIX, 3 *de aestim.* Contro di lui Meno Pöhls compose il suo *Saggio di una giusta esposizione della dottrina dei contratti innominati*, Heidelberga 1821.

(*e*) C. F. G. Meister *de in factum actionibus in opusc.* I, n. VII, p. 309-415 e J. C. F. Meister *Jus rom. priv.* § 461. Confr. anche Tigerstroem *de judicibus apud Romanos*, Berolini 1806, p. 54.

(*a*) D. XII, 1 *de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.* — C. VI, *de rebus creditis.* — C. VI, 2 *Si certum petatur.*

(*b*) pr. *Inst.* III, 14 (15) *Quibus modis re contrah. oblig.* — fr. 2 pr. § 1, 2, fr. 3 D. XII, 1 *de reb. cred.* Questo contratto, come tutti gli altri contratti reali, non si perfeziona quindi che mediante la consegna della cosa, ed è quindi chiaro com'essi differiscano dai contratti preparatorii che si compiono col semplice consenso reciproco, come p. e. il patto *de mutuo dando, de commodando* e simili.

(*c*) fr. 2 pr. § 1 D. XII, 1.

Le persone che intervengono in questo contratto sono quella che dà, ossia il creditore (*mutuo dans*), e quella che riceve, ossia il debitore (*mutuans*).

I. A mutuo si danno cose fungibili, ordinariamente danaro, ed alle volte anche altre cose fungibili, come vino, biade ec. (*d*). Se invece di danaro fu dato a qualcheduno, dietro sua ricerca, una cosa fungibile coll'intenzione ch'esso la venda, e faccia uso del prezzo che ne ricaverà, il contratto di mutuo nasce solamente nel momento ch'egli vende la cosa, e ne riceve il prezzo (*e*).

II. Siccome, colla tradizione, se non si acquista il dominio della quantità, si acquista però quello della cosa consegnata (*f*); così non v'ha dubbio che un mutuo può essere dato solamente da chi ha diritto di alienare (*g*). Perciò se fu dato da chi non era proprietario, o da chi non avea diritto di alienare, può esso rivendicarsi, purchè esistano ancora le cose consegnate. Se queste furono consumate da un possessore di mala fede, ha luogo l'azione *ad exhibendum*. Se poi furono consumate da un possessore di buona fede, o se ciò che fu dato venne usucapito, in tal caso nasce un'obbligazione, ed una *condictio ex mutuo* (*h*).

(*d*) pr. *Inst.* III, 14 (15) *Quibus modis re contrah oblig.*

(*e*) fr. 11 pr. D. XII, 1 — fr. 16 pr. D. XIX, 5 *De praescr. verb.* — c, 8 C. IV, 2 *Si certum pet.* È controverso, fra i Giureconsulti, se con questi passi di legge si possano combinare le parole del fr. 34 pr. D. XVII, 1 *Mandati.* « *His argumentum esse..., nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum,* » Confr. Glück XII, p. 6-10.

(*f*) pr. § 2 *Inst.* III, 14 (15). — fr. 2 § 2, fr. 16 D. XII, 1 *De reb. cred.* combin. col fr. 213 § 1 D. L, 16 *De verb. sign.* Intorno l'opinione contraria del Salmasio veggasi Glück XII, § 780, p. 26-32.

(*g*) fr. 2 § 4 D. XII, 1. — fr. 9 pr. D. XXVI, 3 *De auct. et consensu tut.*

(*h*) fr. 11 § 2, fr. 12, fr. 13 pr., fr. 19 § 1 D. XII, 1.

III. Il debitore deve restituire altrettanto di quello ch'egli ha ricevuto, della stessa specie e bontà. Il debitore, se così fu pattuito, può restituire anche di meno; ma non è costretto a restituire di più quand'anche ciò fosse stato convenuto (*i*); poichè il mutuo è un contratto gratuito di stretto diritto (*k*), e colla consegna di una cosa non si può imporre un'obbligazione maggiore del valore di ciò, che fu dato (*l*).

Perciò per un mutuo non si devono neppur pagare interessi, tranne se fossero stati promessi mediante un'apposita stipulazione (vedi per altro il § 545), nel qual caso il mutuo acquista il nome e la natura di contratto feneratizio (*foenus*) (*m*).

Se non può essere restituita una cosa della stessa specie e bontà, bisogna prestare il prezzo di stima (*n*).

IV. La restituzione incombe al ricevente, e se questi non può obbligarsi da sè solo, è d'uopo che vi consenta chi di ragione, o che il mutuo sia stato impiegato a vantaggio del ricevente (*o*).

Il creditore ha l'azione di mutuo (*p*), ovvero, siccome questo è un contratto di stretto diritto (§ 569), la *condictio certi ex mutuo* (*q*). Per la natura del contratto non compete al debitore alcuna azione contro il creditore; se questi dunque agì di mala fede col dare, p. e. monete false invece di buone, il debitore servir si deve di altre azioni, p. e. dell'*actio ex lege Aquilia*, ovvero *de dolo* (*r*). La cosa consegnata si può ripetere con una *condictio*, se il debitore credeva di riceverla da un altro diverso da quello, da cui la riceve realmente; la quale azione dai più moderni, seguendo il Giureconsulto Conradi (*s*), viene chiamata *Condictio juventiana* dall'autore del surriferito principio Giuvenzio Celso (*t*).

§ 505.

Del senatoconsulto Macedoniano (*a*).

Al mutuo in danaro si riferisce il senatoconsulto Macedoniano, il quale è del tenore seguente: « Poichè Macedone, fra le altre cause del suo delitto; derivanti dalla sua indole, addusse anche dei debiti, e siccome col dare a mutuo danaro senza sicurtà, molti spesso diedero a gente depravata occasione di misfatti; così fu conchiuso, che non venga accordata veruna azione o giudiziale petizione a chi avesse mutuato danaro ad un figlio di famiglia, e ciò neppure dopo la morte del padre, alla cui potestà era soggetto, affinchè quelli che danno cattivo esempio facendo usure, sappiano che colla bramata morte del pa-

(*i*) fr. 11 § 1 D. XII. 1. — fr. 17 pr. D. II, 14 *De pact.*

(*k*) fr. 8 D. XX, 3 *In quibus caus. pign.* Meister § 478.

(*l*) fr. 17 pr. in fine D. II, 14.

(*m*) fr. 33 D. XII, 1 — fr. 58 § 2 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — c. 1, 3, 7, C. IV, 32 *De usur.*

(*n*) fr. 22 D. XII, 1.

(*o*) fr. 13 § 1 D. XII, *De cond. indeb.* — fr. 4 § 4 D. XLIV, 4 *De doli mali except.* — fr. 59 D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — Nov. 120, cap. 6 § 3.

(*p*) c. 5 C. VII, 35 *Quib. non objic. long temp. praescr.*

(*q*) pr. *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contr. oblig.* — fr. 9 pr. D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*r*) Seuffert II, § 310 al fine.

(*s*) J. L. Conradi *De Juventiana condictione*, Marburg 1774.

(*t*) fr. 32 D. XII, 1. « *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et eo meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, quum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim, nisi inter consentientes, fieri non potest); sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam a te reddi bonum et aequum est.* »

(*a*) D. XIV, 6. — C. IV, 28 *De senatuscons Macedoniano*

dre non acquistano veruna azione i creditori del figlio di famiglia » (*b*). Ciò venne dal Senato prescritto, perchè sovente dei figli carichi di debiti, dopo di avere scialaquato il danaro preso a mutuo, tendevano insidie alla vita dei genitori (*c*). Qualunque creditore perciò, il quale insorga con un'azione per danaro mutuato ad un figlio di famiglia può venire rispinto coll'eccezione del senatoconsulto Macedoniano. Questa eccezione compete tanto al padre che al figlio; anzi essa compete anche agli eredi del figlio, ai suoi fidejussori e mandanti nel mandato qualificato, tranne se questi avessero interceduto colla intenzione di fare una donazione (*d*).

Tutti gli altri effetti giuridici, quali sarebbero l'eccezioni, il diritto di compensazione ec., restano in pieno vigore; e perciò l'obbligazione di un figlio di famiglia è una obbligazione naturale (§ 457) (*e*), ed egli non può ripetere ciò che avesse di già pagato; e lo stesso vale anche pel padre, s'egli avesse saldato il debito avvertitamente o per errore, ovvero se il figlio avesse ciò fatto pur per errore (*f*).

In seguito, il senatoconsulto Macedoniano venne esteso anche alle figlie (*g*), ed ai nipoti e pronipoti d'ambo i sessi (*h*), ma non mai ad altro mutuo che a quello in danaro, nè ad altri contratti, qualora non si avesse avuto in mira di deludere il Senatoconsulto, come se p. e. il creditore, sapendo di non poter mutuare danaro ad un figlio di famiglia, gli avesse invece venduta qualche cosa, affinchè ritenga come mutuo il prezzo della medesima (*i*) (locchè suolsi chiamare ***contractus mohatrae,*** confronta § 48).

Cessa il benefizio del senatoconsulto Macedoniano:

I. riguardo al figlio:

1. se egli ha un peculio militare (*k*), ovvero un peculio avventizio irregolare, nel qual caso, il benefizio legale ha luogo per l'importo del peculio (*l*);

2. s'egli si spacciò falsamente per padre di famiglia, e se può venire provato che il creditore aveva buon fondamento di ritenerlo tale (*m*);

3. s'egli diventò poi padre di famiglia, e riconobbe espressamente o tacitamente il debito (*n*). Si ritiene per una ricognizione dell'intiero debito, s'egli ne pagò una parte (*o*); che se diede pel mutuo in pegno una cosa, la ricognizione vale soltanto per l'importo del pegno (*p*).

II. Tanto riguardo al padre che al figlio:

1. se il figlio ottenne un mutuo in denaro col consenso del padre, o se il padre approvò in seguito il contratto (*q*);

2. se il figlio viene pubblicamente

(*b*) fr. 1 pr. D. eod.

(*c*) § 7 in fine *Inst.* IV, 7 *Quod cum eo, qui in aliena pot. est.* e Theophil. *Paraphras. ad hunc paragr.* Confr. anche la seconda nota del § 7 di quest' opera.

(*d*) fr. 7 pr. § 1. 6, 7, 10. — fr. 9 § 3 D. XIV, 6. — fr. 11 D. XLVI, 1 *De fidejuss.* Quest' eccezione si può opporre anche, dopo pronunziata la sentenza, nel corso dell'esecuzione, fr. 11 D. XIV, 6.

(*e*) fr. 9 § 4, 5, fr. 10 D. XIV, 6.

(*f*) fr. 7 § 15 D. eod.—fr. 14 D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*g*) § 7 *Inst.* IV, 7.—fr. 9 § 2 D. XIV, 6.

(*h*) § 7 *Inst.* cit.—fr. 1 D. XIV, 6.—c. 6 § 1 C. IV, 28.

(*i*) fr. 3 § 3, fr. 7 pr. § 3 D. XIV, 6.

(*k*) fr. 1 § 3, fr. D. eod.

(*l*) arg. c. 8 pr. C. VI, 6 *De bonis, quae lib.* — Nov. 119, cap. 1 § 1.

(*m*) c. 1 C. IV, 28.

(*n*) 2. C. IV, 28.

(*o*) fr. 7 § 16 D. hujus tit.

(*p*) fr. 9 pr. D. hujus tit. «*Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatus consulti exceptionem ei denegandam* usque ad pignores quantitatem. »

(*q*) fr. 7 § 15 D hujus tit. — c. 7 pr. C. eod.

risguardato per padre di famiglia (*r*), ovvero

3. se ha ricevuto un mutuo essendo soldato (*s*);

4. se il danaro fu impiegato in vantaggio del padre (*t*);

5. se il mutuo deriva da un pupillo, o da un minorenne; poichè se i tutori o curatori vi hanno dato il loro assenso, ha luogo la restituzione in intiero (§ 664); e se il mutuo fu dato arbitrariamente dal pupillo o dal minorenne, allora essendo l'affare nullo in sè stesso, il danaro si può rivendicare (*u*).

Se un minorenne ha dato danaro a mutuo ad un altro minorenne, in tal caso è da preferirsi quello che lo consumò; tranne s'egli al tempo della contestazione di lite ne apparisce arricchito (*v*). Confr. § 106, III;

6. se un figlio di famiglia, minorenne, che abbia per altro compiuto almeno il decimo ottavo anno, prese a mutuo danaro per riscattare un prigioniero, da cui egli fosse per ereditare per testamento o per legge (*x*).

§ 506.
Del Comodato (*a*).

Vi ha contratto di comodato, allorchè si consegna ad alcuno una cosa ad uso gratuito per un tempo determinato (*comodatum*).

Chi dà la cosa ad uso chiamasi comodante (*comodans*) e chi la riceve comodatario (*comodatarius*).

Oggetto del contratto possono essere tanto le cose mobili, quanto le immobili (*b*), tanto le corporali, quanto le incorporali (*c*). Soltanto le cose consumabili non possono essere, di regola, oggetto di comodato, fuorchè se qualcheduno le prenda solo per farne pompa o per mostrarle (*d*).

Sta nell'indole del comodato che l'uso della cosa venga concessa gratuitamente (*e*), ed in ciò esso si distingue dalla locazione (§ 526), e da un contratto innominato (§ 509). Anche il tempo dev'essere precisamente fissato, poichè altrimenti il contratto sarebbe un precario (§ 513).

I. Il *comodatario* non può far della cosa senonchè l'uso accordatogli (*f*), e non può trasferirlo ad un terzo: chi agisce in opposizione a questi obblighi viene risguardato per ladro (*g*). Finito il tempo o l'uso, per cui la cosa fu comodata, il comodatario la deve restituire (*h*), e da quest'obbligo ei non si può liberare nè coll'eccezione che la cosa appartenga ad un terzo (*i*), nè con quella che appartenga a lui stesso (*k*); a meno che il terzo non avesse già provata la sua proprietà (*l*), o che il comodatario stesso l'avesse acquistata, mediante *traditio*

(*r*) fr. 3 pr. § 1 D. eod. — c. 2 C. eod. confr. § 87.
(*s*) c. 7 § 1 C. eod.
(*t*) fr. 7 § 12, 13, fr. 17 D. eod. — c. 2 C. eod.
(*u*) fr. 3 § 2 D. eod. — fr. 11 § 7 D. IV, 4 *De minor.*
(*v*) fr. 34 pr. D. IV, 4.
(*x*) Nov. 115, c. 3 § 14.
(*a*) D. XIII, 6 *Commodati vel contra.* — C. IV, 23 *De commodato.*

(*b*) fr. 1 § 1 D. XIII, 6. — fr. 17 D. XIX, 5 *De praescr. verb.*
(*c*) arg. fr. 3, fr. 15 § 2 D. XLIII, 26 *De pecar.* Solo le azioni non si possono comodare. Glück XIII. p. 428.
(*d*) fr. 3 § 6, fr. 4 D. hujus tit. — fr. 55 D. XLVI, 3 *De solut.*
(*e*) § 2 *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contrah. oblig.* — fr. 5 § 12 D. XIII, 6 *Commod. vel contra.*
(*f*) § 6, 7 *Inst.* IV, 1 *De oblig. quae ex delicto nasc.* — fr. 10 pr. D. XIII, 6.
(*g*) arg. fr. 54 (56) § 1 D. XLVII, 2 *De furt.*
(*h*) fr. 2 pr. D. XII, 1 *De reb. cred.*
(*i*) fr. 15, fr. 16 D. XIII, 6 hujus tit.
(*k*) arg. c. 25 C. IV, 65 *De locat. et conduct.* — Alcuni, come Wening II, § 166 nota 5 e Mühlenbruch III, § 649, n. 8 sono d'avviso che questa disposizione valga soltanto pel contratto di locazione; ma una tale opinione sembra stare in opposizione col fr. 15 D. XVI, 3 *Depositi.*
(*l*) arg. fr. 31 § 1 D. XVI, 3.

brevi manu, ancora prima di conchiudere il comodato (*m*), ovvero bensì dopo conchiuso il contratto, ma l'avesse avuta dal comodante medesimo (*n*). Il comodatario ha il diritto di ritenzione pei debiti concernenti la cosa (*o*). Al comodante compete l'*actio comodati directa* contro il comodatario, che non adempie i suoi obblighi.

II. Il comodante non può rivocare l'uso della cosa comodata prima del tempo, quantunque ne abbisognasse egli stesso, poichè « *adjuvari quippe nos, non decipi beneficio, oportet* » (*p*).

Se il comodatario ha fatto per la cosa comodata delle spese straordinarie ed immodiche, il comodante deve risarcirle (*q*); e se quest' ultimo finalmente acquistò il prezzo della cosa perduta per colpa del comodatario, e poi anche la cosa in natura, in tal caso egli deve restituire o la cosa, o il suo prezzo ricevuto dal comodatario (*r*). Non adempiendo il comodante a quest'obbligo, compete al comodatario l'*actio comodati contraria* (*s*).

§ 507.

Del deposito (*a*).

Il deposito (*depositum*) è quel contratto reale, con cui viene consegnata a qualcheduno una cosa mobile (*b*) (*c*) affinchè egli la custodisca (*d*) gratuitamente (*e*). Chi consegna la cosa chiamasi deponente (*deponens*), e chi la riceve depositario (*depositarius*).

I. Il depositario deve:

1. custodire la cosa depositata, ma egli può anche affidarne, in buona fede, la custodia ad un terzo; che se questo abbia cagionato un danno alla cosa, deve quello cedere la sua azione al deponente (*f*).

Il depositario non può adoperare la cosa, e se l'adopera senza assenso del deponente, si rende colpevole di furto (*g*). Ma se gli venne conceduto l'uso della cosa, allora vi ha un deposito irregolare (*depositum irregulare*), per cui l'affare, quantunque resti nell'essenziale un deposito, tuttavia, secondo la diversità dell'uso e della cosa, si approssima al comodato, o al mutuo, o alla locazione, o ad un contratto innominato (*h*).

Se fu consegnata al depositario una cosa fungibile colla condizione ch'egli restituisca altrettanto dello stesso genere e qualità (il che s'intende anche tacitamente, se fu depositato del danaro disuggellato (*i*), in tal caso passa nel depositario tanto la proprietà, quanto il pericolo della cosa deposi-

(*m*) fr. 15 D. eod.

(*n*) arg. t. D. XXI, 3 *De except. rei vend. et trad*. Confr. G. Thon nel *Giorn. del Dir. e Proc. c*. I. 3, pag. 470-480 intorno all'importanza ed estensione della c. 25 C. IV, 65.

(*o*) fr. 15 § 2, fr. 59 D. XLVII, 2 *De furtis*. Non si oppone la c. ult. C. IV, 23 « *Praetextu debiti restitutio commodi non probabiliter recusatur*, » poichè questa Costituzione parla di un debito che non sta in connessione colla cosa comodata.

(*p*) fr. 17 § 3 D. XIII, 6. Non osta la c. 3 C IV, 65 *De locat. cond.*, poichè la medesima non si può estendere per analogia al comodato. Glück XIII, p. 446-448.

(*q*) fr. 18 § 2 D. XIII, 6.

(*r*) fr. 17 § 5 D. eod.

(*s*) fr. 17 § 1 D. eod. Non facciamo menzione nè qui nè negli altri contratti del caso e della colpa, avendone già trattato nei principii generali § 362-468, ai quali quindi ci richiamiamo.

(*a*) D. XVI, 3 - C. IV, 34 *Depositi vel contra*.

(*b*) fr. 1 pr. D. XVI, 3. « *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod bonitur.* » Parlano di cose mobili anche gli altri passi che trattano del deposito.

(*c*) § 3 *Inst*. III, 14 (15).

(*d*) fr. 1 § 8, 9 D. hujus tit. Non cangia però natura il deposito se fu dato qualche cosa non come correspettivo per la custodia, ma solo per rimunerazione fr. 2 § 24 D. XLVII, 8 *Vi bonor. rapt.*

(*e*) § 3 *Inst*. 14 (15) *Quib. mod. re cont. obl.* — fr. 1 § 12, 13 D. XVI, 3.

(*f*) fr. 16 D. eod.

(*g*) fr. 29 pr. D. eod. — § 6 *Inst*. IV, 1 *De oblig. quae ex delict.* — c. 3 C. IV, 34 hujus tit.

(*h*) arg. fr. 1 § 9 D. XVI, 3 hujus tit. Neustetel *Intorno il deposito irregolare nelle Disq. giur. di Dir. rom.* di Neustetel e Zimmern. n. 1.

(*i*) fr. 31 D. XIX, 2 *Locat.*

tata; ma siccome l'affare non viene perciò commutato intieramente in un mutuo, così il deponente può stipulare interessi, ed esigerli mediante l'*actio depositi directa* (*k*).

Se fu concesso al depositario l'uso di una cosa fungibile fin dal primo istante che fu depositata, la proprietà ed il pericolo passano in lui solo dal momento ch'egli incomincia a farne uso (*l*). Ma se il deponente soltanto, dopo conchiuso il contratto di deposito, accordò al depositario, sopra sua inchiesta, l'uso di una cosa fungibile, allora passa tosto in questo tanto la proprietà quanto il rischio della cosa depositata, ed esso può venir impetito, non solo coll'*actio depositi*, ma eziandio coll'*actio ex mutuo* (*m*).

2. Il depositario deve sempre restituire la cosa depositata ad ogni inchiesta del deponente, quantunque fosse stato stabilito un dato tempo, e questo non fosse peranco trascorso; poichè si ritiene che il tempo sia stato posto a solo favore del deponente (*n*).

L'obbligo della restituzione è così rigoroso, che non ha luogo nè la compensazione (*o*), nè il diritto di ritenzione (*p*), nè l'eccezione che la proprietà della cosa competa al depositario, ovvero ad un terzo (*q*), e che se i depositarii sono più di uno, la loro responsabilità è solidaria (*r*).

È notabile che, se fu depositata una cosa nel momento di un tumulto, di un incendio, di ruina o di un naufragio (*depositum miserabile*), e se il depositario nega di averla rivevuta, in tal caso ha luogo un'azione pel rimborso del doppio valore della cosa depositata (*s*).

Al deponente compete contro il depositario l'*actio depositi directa*, il cui effetto consiste specialmente in ciò, che quest'ultimo, se viene condannato per dolo per colpa lata, cade nella pena d'infamia (*t*) (§ 67, *d*).

II. Il deponente è obbligato in pagare tutte le spese necessarie fatte dal depositario per la cosa depositata (*u*), e quelle altresì ch'egli dovette fare per restituirla (*v*); per tali spese compete al depositario l'*actio depositi contraria* (*x*).

§ 508.
Della Sequestrazione (*a*).

Una specie di deposito è la sequestrazione (*sequestrum, sequestratio*), quando cioè concorrano tutti i requisiti necessarii pel deposito. Per *sequestrazione* s'intende quell'atto con cui, o per volontà del contraente o per decreto giudiziale, viene affidata a qualcheduno la custodia di una cosa onde assicurare un diritto (*b*).

(*k*) fr. 24, fr. 25 § 1, fr. 26 § 1 D. hujus tit.

(*l*) fr. 10 D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 1 § 1 34 D. hujus tit.

(*m*) fr. 9 § 9 D. XII, 1 — fr. 34 pr. D. XVII, 1 *Mandati* — fr. 29 § 1 D. XVI, 3. Kaufmann è in parte di opinione diversa; la nostra sembra però più consentanea alla Legge

(*n*) fr. 1 § 22, 45, 46 D. hujus tit. — c. 11 pr. C. IV, 34 hujus tit.

(*o*) § 30 *Inst.* IV, 6 *de act.* — c. 11 pr. C. huj. tit. — c. 14 § 1 C. IV, 31 *de compens.*

(*p*) c. 11 pr. C. IV, 34.

(*q*) c. 11 pr. C. eod. — Nov. 88 c. 1. Veggansi le eccezioni di questo principio al § 506 note *l*, *m*, *n*.

(*r*) fr. 1 § 43 D. XVI, 3.

(*s*) fr. 1 § 1-4 fr. 18 D. eod. — § 26 *Inst.* IV, 6 *de act.*

(*t*) c. 10 C. IV, 34 — fr. 1 D. III, 2 *de his, qui not. infam.*

(*u*) fr. 23 D. XVI, 3.

(*v*) fr. 12 pr. D. eod.

(*x*) fr. 5 pr. D. eod.

(*a*) A. F. Trendelenburg. *Diss. de sequestratione accuratius definienda*, Bützov. 1775.

(*b*) fr. 5 § 1, fr. 6, fr. 17 D. XVI, 3 *Depositi* — fr. 110 D. L, 16 *de verb. sign.* Del resto è notabile che nei fonti si fa menzione anche della sequestrazione di persone, fr. 3 § 6 D. XLIII, 30 *de liber. exib.*

La prima si appella *sequestrazione volontaria*, e la seconda *necessaria* (c).

La sequestrazione ha luogo soltanto per sicurezza di un diritto, quando senza di essa vi sarebbe pericolo di perderlo (d). Non è però necessario che l'oggetto da affidarsi al sequestratario sia contenzioso, poichè le Leggi stesse prescrivono la sequestrazione della dote di una moglie demente fino alla di lei guarigione o morte, quando il marito comincia a dissiparla (e), nel qual caso non si può dir certamente che l'oggetto sia contenzioso.

Nelle pretese pecuniarie non ha mai luogo una sequestrazione (f).

Cessato il motivo per cui fu posta sotto sequestrazione una cosa, devesi la medesima restituire al suo proprietario, il quale si può valere contro il sequestratario dell'*actio depositi sequestraria directa*, se per volontà dei contraenti venne al medesimo trasferita soltanto la custodia gratuita (g): che se la custodia non è gratuita, o se oltre la custodia gli venne affidata anche l'amministrazione, allora la sequestrazione non è più in alcun modo un deposito, ma secondo la diversità delle circostanze, è un mandato, o una locazione, o un contratto innominato (h).

(c) fr. 7 in fine D, II, 8 *Qui satisd. cog.* — fr. 1 § 37, fr. 5 in fine D. XVI, 3 — fram. 22 § 8 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(d) fr. 21 § 3 D. XLIX, 1 *de appell.* — c. 5 C VII, 65 *Quor appell. non recip.*

(e) fr. 22 § 8 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(f) c. un. C. IV, 4 *de prohib. sequestr. pec.*

(g) fr. 5 § 1, fr. 12 § 2 D. XVI, 3 — c. 5 C. IV, 34.

(h) fr. 9 § 3 D. IV, 3 *de dolo malo.* Tratteremo del contratto di pegno, ch'è pure un contratto reale, al § 628 laddove si esporranno i contratti d'assicurazione.

B. *Contratti reali innominati.*

§ 509.

Natura dei contratti reali innominati (a).

Il giureconsulto Paolo (b) riduce i contratti reali innominati alle seguenti quattro classi: *do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias*: i quali per altro, unendosi insieme più classi, possono moltiplicarsi in varie maniere.

Chi pagò ciò che doveva in forza di un patto non riprovato, può impetire l'altro contraente coll'*actio in factum* o *praescriptis verbis*, affinchè anch'esso mantenga la sua promessa, o presti l'*id quod interest* (c) (§ 503); ma se taluno, in forza di un contratto innominato, abbia già dato qualche cosa, mentre l'altro contraente non ha peranco adempito al proprio obbligo, esso può liberamente *pentirsi*, può cioè recedere dal contratto, e ripetere ciò che diede mediante la *condictio causa data, causa non sequuta* (d); nel che bisogna tuttavia distinguere se il recesso sia seguito per un motivo legittimo, oppure per puro capriccio (e).

I motivi per cui chi prestò qualche

(a) D. XIX, 5 *de praescr. verb.* — C. IV, 64 *de rerum permutatione et praescriptis verbis.* Vedi la nota *d* del § 503.

(b) fr. 5 pr. D. XIX, 5 Confr. C. Reichelm *Saggi di una dimostrazione, che i romani non conoscevano che due specie di contratti innominati:* do, ut des, e do, ut facias, Halle 1800.

(c) fr. 2, fr. 3, fr. 7, fr. 22 D. eod.

(d) Sono di un altra opinione Gans nel *Diritto delle obbligazioni* 169-213 (*intorno la dottrina favolosa dei contratti innominati e il* jus poenitendi) e C. G. Wächter nella sua *Doctrina de condictione causa data, causa non sequuta in contractibus innominatis, in praef.* p. IX seq. e C. III. Veggasi però Meno Pöhls, p. 73-105 e gli *Annali letterari* di Heidelberga 1821, p. 72-74. — Confr. i passi citati nelle note *e f g h i k*.

(e) Tale distinzione è fondata nel fr. 3 § 2, fr. 5 pr. § 1, 2, D. XII, 4 *de cond. causa data, causa non sequuta*.

cosa in dipendenza di un contratto innominato, può dal medesimo recedere, sono i seguenti:

1. che il debitore sia in mora, o ricusi ostinatamente il promesso correspettivo (*f*);

2. che il debitore non adempia come dovrebbe il proprio obbligo (*g*);

3. che per sua colpa non venga prestato il correspettivo (*h*);

4. che per un errore scusabile la prestazione del correspettivo fosse impossibile fin dal momento che fu conchiuso il contratto (*i*).

Ma anche senza simili motivi chi ha data qualche cosa può arbitrariamente recedere dal contratto, finchè l'altra parte non prestò alcun correspettivo (*k*).

Se poi nessuno dei contraenti non soddisfece al contratto, in tal caso possono amendue recedere: locchè ha luogo non solo nei patti preparatorii ai contratti innominati, ma benanche nei patti preparatorii a contratti reali nominati (*l*).

La differenza principale del recesso dal contratto per un motivo legittimo da quello per mero capriccio, consiste in ciò, che nel secondo l'acquirente, s'egli in causa del contratto abbia fatto delle spese, o risentito danno, dee venir risarcito; ciò che non ha luogo se il recesso seguì per un motivo legittimo (*m*).

Non vi ha diritto di recedere:

1. per la natura stessa della cosa, se la prestazione consisteva in un'azione, poichè, se questa è seguita, non si può più distruggere (*n*); ad eccezione del caso che sia stato rimesso un credito, la di cui restituzione si può sempre chiedere, se l'altro non prestò quanto doveva (*o*);

2. nelle transazioni, poichè in queste non si può ripetere il già dato (*p*).

Vi sono alcuni contratti innominati che nei tempi recenti acquistarono un nome speciale (§ 503 in fine), fra cui si annoverano il contratto estimatorio, la permuta, il contratto di suffragio, ed il precario.

§ 510.

Del contratto estimatorio (*a*).

Il contratto estimatorio (***contractus aestimatorius***) è un contratto reale innominato, con cui si dà a qualcheduno, previa stima, una cosa affinchè egli la venda, e ne paghi il prezzo di stima, ovvero restituisca la cosa in natura (*b*). Da questa obbligazione alternativa di chi riceve la cosa apparisce ch'egli non diventa proprietario della cosa consegnata e che perciò non sottostà neppure al danno accidentale, tranne s'egli avesse precisamente promesso di prestare il prezzo di stima, ovvero provocato e pregato

(*f*) fr. 52, fr. 65 § 4 D. XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 5 § 1, 2 D. XIX, 5 — c. 2, 6, 8 C. IV, 6 *de condict. ob. caus. dat.*

(*g*) fr. 16 D. XII, 4 - c. 1 C. IV, 64 *de rer permut.*

(*h*) fr. 3 § 3, fr. 5 § 4 D. XII, 4 — c. 10, 11 C. IV, 6. Ove il debitore fosse stato impedito di soddisfare al suo obbligo dal caso fortuito, l'altro contraente non può più ripetere per un motivo legittimo la cosa da lui consegnata, fr. 3 § 3 D. XII, 4 — c. 10 C. IV, 6, ma ha tuttavia il *jus poenitendi*, e può quindi recedere dal contratto, fr. 5 pr. D. XII, 4.

(*i*) fr. 3 § 5 D. XII, 4.

(*k*) fr. 1 pr. fr. 3 § 2, 3, fr. 5 pr. § 1, 2 D, XII, 4 *de condict. causa data.*

(*l*) fr. 30 D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 4 D, XX, 3 *Quae res pign.* - fr. 11 pr. D. XX, 4 *Qui potior in pign.* Ciò risulta già dal riflesso che da tali contratti non sorge azione di sorta, e che non è concepibile alcun altro mezzo per far valere il diritto proveniente dai medesimi.

(*m*) fr. 5 pr. § 2, 4 D. eod.

(*n*) fr. 12 § 2 D. XLIX, 15 *de captiv. et postl.*

(*o*) fr. 4 D. XII, 4.

(*p*) c. 6 c. 33 C. II, 4 *de transact.*

(*a*) D. XIX, 3 *de aestimatoria.*

(*b*) fr. 1 D. eod.

l'altro contraente a fare il contratto (*c*).

Chi s'incaricò della vendita deve pagare soltanto il prezzo fissato, benchè acquistasse forse di più (*d*), e può inoltre domandare anche la promessa mercede (*e*).

L'azione che nasce da questo contratto è l'*actio praescriptis verbis aestimatoria*, che compete ad ambedue i contraenti (*f*).

§ 511.

Della permuta (*a*).

La permuta (*permutatio*) è quel contratto reale innominato, con cui taluno trasferisce in un altro la proprietà di una sua cosa per un'altra (*b*). La permuta differisce dalla compravendita in ciò che segue:

1. nella permuta vien data una cosa per un'altra cosa, e non per danaro contante (*c*);
2. chi dà una cosa in permuta, ne dev'essere effettivo proprietario (*d*);
3. il dominio della medesima passa immediatamente, all'atto della consegna in quello che la riceve, quand'anche questi non avesse peranco soddisfatto al suo obbligo (*e*);
4. nella permuta si può *pentirsi*, ossia recedere (*f*).

(*c*) fram. 17 § 1 D. XIX, 5 *de praescript. verb.* Non osta il fr. 1 § 1 D. XIX, 3, poichè quel fr. deve spiegarsi nel senso del fr. 5 § 3 D. XIII, 1 *Commodati*. Vedi Pöhls p. 49.

(*d*) fr. 1 § 1 D. XIX, 3. Non osta il fr. 13 pr. D. XIX, 5 *de praescript. verb.* — De Cocceji *Jus. civ. controv. tit. de aestimat.* § 21.

(*e*) fr. 2 D. XIX, 3.

(*f*) fr. 1, fr. 2 D. eod.

(*a*) D. XIX, 4 *de rerum permutatione* — C. IV 64 *de rerum permut. et praescr. verb.*

(*b*) § 28 *Inst.* IV, 6 *de action.* - fr. 1 § 2 D. huj. tit. — c. 2 C. hujus tit.

(*c*) § 2 *Inst.* III, 23 (24) *de emt. vend.* — fr. 5 § 1 D, XIX, 5 *de praescr. verb.*

(*d*) fr. 1 pr. § 3 D. XIX, 4 hujus tit. § 3 « *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* ».

(*e*) c. 4 C. IV, 64 hujus tit.

(*f*) fr. 1 § 4 D. hujus tit. — fr. 5 § 1 D. XIX, 5 *de praescr. verb.* — c. 1, 4, 5, 7 C. hujus tit.

Tuttavia è da osservare che la permuta assume la natura di una compera, se la cosa è tale, che venga ordinariamente venduta, e se chi la riceve dia un'altra cosa invece del prezzo, poichè in questo caso la proprietà della cosa consegnata non passa necessariamente in chi la riceve, nè ha luogo il diritto di recesso (*g*).

§ 512.

Del contratto di suffragio (*a*).

Il contratto di suffragio (*contractus suffragii*) è quello, con cui si dà a taluno una cosa per la quale il ricevente promette la sua intercessione presso il principe. Tale contratto è valido (*b*), purchè non sia stato fatto per ottenere qualche pubblico impiego (*c*), o qualche altra cosa che l'altro contraente debba già prestare per obbligo d'officio (*d*).

§ 513.

Del precario (*a*).

Il precario (*precarium*) è un contratto reale innominato (*b*), con cui

(*g*) c. 1 C. IV, 64 eod. e Marezoll nel *Giornale del Dir. e Pr. civ.* I, 3, p. 462.

(*a*) C. IV, 3 *de suffragio*.

(*b*) c. un. C. eod.

(*c*) Nov. 8, c. 1, c. 7.

(*d*) Nov. 161 — c. 6 C. IX, 27 *Ad leg. Jul. repet.* — Confr. Pöhls p. 42-47.

(*a*) D. XLIII, 26 *de precario*.

(*b*) fr. 23 D. L, 17 *de reg. jur.* confr. col fr. 2 § 2 e fr. 19 § 2 D XLIII, 26. Varii scrittori pongono il precario fra i contratti innominati, come p. e. Langsdorf *Intorno i patti ed i contratti nel Mag. civ.* di Hugo I. Altri lo risguardano, come Mackeldey edizione 7.ma § 438, per un contratto pretorio. Cujaccio nel fr. 23 D. *de reg. jur.* lo ritiene per un quasi-contratto. Hasse nella sua *Culpa secondo il Dir. rom.* § 96, n. 1 per un atto peculiare di liberalità. Savigny nel suo *Dir. del possesso* § 42, p. 509 della quinta edizione è d'avviso, che l'obbligo di chi riceve il precario abbia il suo fondamento in un delitto, mentre quello scrittore, sotto il nome di *contratto*, che s'incontra nel fr. 23 D. L, 17 comprende qualsiasi obbligazione da qualunque titolo essa derivi. A noi sembra però che sotto una tale denominazione non si possa intender che un contratto in senso

si concede a qualcheduno l'uso gratuito di una cosa revocabile a piacere di chi l'ha concesso (*c*).

Questo contratto deriva dal Diritto delle genti, e differisce dalla donazione in ciò, che il donante non ripete più la cosa donata, e chi all'incontro concesse un precario si riserva di poter ripetere a piacere la cosa. Il precario ha simiglianza col comodato; poichè anche il comodante non vuole trasferire la proprietà, ma soltanto l'uso della cosa comodata (*d*).

Il nome di *precario* deriva dalla circostanza, che questo contratto viene conchiuso per lo più (*e*), sebbene non necessariamente (*f*), dietro preghiera di quello che desidera di avere l'uso di una cosa.

Siccome poi in origine esso aveva luogo soltanto fra il padrone ed il suo liberto, così non competeva in base al medesimo, alcun'azione secondo il Diritto civile (*g*), ma furono i pretori che introdussero l'interdetto *de precario* per ripetere, da chi la ricevette la cosa, se ne ricusasse la restituzione (*h*); e tale interdetto può venire intentato pel corso di trent'anni dall'epoca della negata restituzione contro quello a cui fu data la cosa, o contro i suoi eredi (*i*).

stretto, oppure un quasi-contratto, e ciò per le parole susseguenti di quel frammento: « *Sed haec ita, nisi quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis* contractibus; *nam hoc servabitur, quod initio convenit* (*legem enim* contractui *dedit*).

(*c*) fr. 1 pr. D. hujus tit.
(*d*) fr. 1 § 1, 2, 3 D. eod.
(*e*) fr. 1 pr., fr. 2 § 3 D. eod.
(*f*) fr. 4 § 4 D. eod. Pauli *Recept. sent.* V, 6 § 11.
(*g*) fr. 14 D. eod. *Intorno l'origine del precario* veggasi Savigny p. 514.
(*h*) fr. 2 pr. § 1 D. eod. « *Cum* precario *aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis et hujus conventionis, ut rem alienam domino invito retinere liceat.* » fr. 12 pr. D. eod.
(*i*) fr. 8 § 7, 8 D. eod.

In seguito quando il precario, per opera dei Giurisperiti, fu esteso anche ad altre persone, esso assunse la natura di un contratto innominato, ed ora produce un'*actio praescriptis verbis* (*k*).

TITOLO II.

Dei contratti verbali.

§ 514.

Natura dei contratti verbali (*a*).

Contratti verbali (*verborum obligationes, contractus verbales*) diconsi quei contratti, l'efficacia dei quali nasce dalla forma vocale con cui vengono conchiusi. Agli antichi Romani erano famigliari tre sorte di obbligazioni verbali: la solenne promessa della dote (*solemnis dotis dictio*), la promessa fatta con giuramento da un liberto di prestar servigi (*promissio operarum a liberto sub jurejurando facta*), e la stipulazione (*b*). Nel Diritto nuovo restò soltanto quest'ultima.

§ 515.

La stipulazione (*a*).

La *stipulazione* è un contratto verbale di stretto Diritto, con cui rispondendo sull'istante ed a proposito ad una domanda, si promette di dare o prestar qualche cosa. Il nome di questo contratto deriva da *stipulum*, che presso gli antichi significava qualche cosa di consistente e procedeva forse da *stipes* (ceppo) (*b*).

(*k*) fr. 2 § 2, fr. 19 § 2 D. hujus tit.
(*a*) *Inst.* III, 15 (16) *de verb. oblig.* — D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — C. VIII, 38 *de contr. et commit. stip.* — Gaji III, § 92-127.
(*b*) Günther § 1032 — Meister § 511.
(*a*) C. F. Muhlenbruch *Comm. hist. jurid. de vera origine, genuina vi ac indole stip.*, Manhem 1805. C. Garszynski *Diss. hist jurid. de origine stip.*, Vratislavie 1821. — W. A. Maciejowski *Excursus ad Virgilii Aeneid.* lib. X, v. 74 e segg. *inest disquisitio de origine stipulationis*, Varsov. 1827, Carl Witte fece l'analisi di questa *Diss.* nel *Giorn. critic.* di Tobinga IV, 3. p. 335.
(*b*) pr. *Inst.* III, 13 (16) *de verb. oblig.* Isidoro

Chi domanda, e si fa promettere qualche cosa, appellasi *stipulante,* o *stipulatore,* e chi promette chiamasi promittente (*spondens vel promissor*). La domanda e la risposta devono poi essere corrispondenti, e seguire sull'istante l'una all'altra. Anticamente erano prescritte, nella maggior parte delle stipulazioni, certe solennità, di cui Giustiniano ce ne trasmise sei (*c*). Ma l'imperator Leone abolì le formole vocali, ed ordinò che bastasse la concorde volontà d'ambe le parti in qualunque maniera poi fosse espressa (*d*).

Ogni stipulazione dunque, secondo il Diritto novissimo, si compie con una domanda, e con una risposta ad essa corrispondente (*e*) ed immediata (*f*) (*g*): le parti devono inoltre essere personalmente presenti (*h*), e non essere nè sorde nè mute (*i*).

Le stipulazioni, presso i Romani, erano tanto più frequenti, quanti più erano i contratti che producevano azione; locchè per altro non vuol dire che la stipulazione non si usasse anche in contratti producenti azione (*k*).

Una stipulazione a cui mancano i requisiti di un contratto in genere o di una stipulazione, è invalida (*stipulatio inutilis*) (*l*), p. e. se venne fatta per via di lettere o di messaggio.

La stipulazione è necessaria, o volontaria. Questa dipende dalla libera volontà dei contraenti (*m*); quella è *pretoriana,* se il pretore la ordina d'officio, come la *cautio damni infecti* (§ 616); è *giudiziale,* se viene ordinata dal giudice inferiore, come la *cautio de dolo;* è *comune,* se può aver luogo tanto per ordine del pretore quanto del giudice, come la cauzione che le cose del pupillo resteranno illese (*n*).

Finalmente, la stipulazione è certa, se vien promessa una cosa determinata individualmente ovvero una quantità; ed incerta, se vien promesso un genere ovvero un fatto (*o*). Dalla prima nasce la *condictio certi,* e dalla seconda l'*actio ex stipulatu* (*p*).

TITOLO III.

Dei contratti letterali (*a*).

§ 516.
Contratti letterali del Diritto antico.

Il contratto letterale (*contractus literalis nominum*) degli antichi Roma-

Ispalense dà la seguente spiegazione della stipulazione: « *stipulatio dicta a* stipula: *Veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam frangentes tenebant, quam iterum jungentes sponsiones suas agnoscebant.* » Maciojewski ritiene, che la voce *stipulatio* provenga dal denaro coniato (*stips.*); poichè con essa si conchiudeva un contratto di multa pel caso che il promittente mancasse alla sua promessa. Noi conveniamo d'altronde perfettamente nell'osservazione di questo autore, che la stipulazione dei Romani traggasi la origine dal *Diritto delle Genti*, e che essa abbia poi ricevuto dal Diritto civile una forma e natura sua propria.

(*c*) § 1 *Inst.* eod. « *In hac re olim talia verba tradita fuerunt, spondes? spondeo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fidejubes? fidejubeo; dabis? dabo; facies? faciam;* » Confr. Gaji *Inst.* III, 93 col fr. 1 § 2 D. XLV, 1 — *Mag. civ.* di Hugo I, p. 94, 95 e 180.

(*d*) c. 10 C. VIII, 38 - § 1 in fine *Inst.* III, 15 (16).

(*e*) § 5 *Inst.* III, 19 (20) *de inutil. stip.* — fr. 52 § 2 D. XLIV, 7 *de obligat. et act.* — fr. 1 § 3 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*

(*f*) fr. 1 § 1, fr. 137 pr. D. XLV, 1.

(*g*) fr. 5 § 1 D. eod.

(*h*) § 12 *Inst.* III, 19 (20).

(*i*) § 7 *Inst.* eod.

(*k*) § 3 *Inst.* III, 18 (19) *de divis. stip.* — c. 27 C. II, 3 *de pactis.*

(*l*) *Inst.* III, 19 (20) *de inutil. stip.*

(*m*) In forma di stipulazione si contraevano di ordinario le obbligazioni correali (§ 459 e pr. *Inst.* III, 16 (17) *de duob. reis stipul. et promitt.,*) le cauzioni e le fidejussioni § 623.

(*n*) § 1-4 *Inst.* III, 18 (19) *De divis. stip.*

(*o*) fr. 68, fr. 74, fr. 75 D. XLV, 1 *De verbor oblig.*

(*p*) pr. *Inst.* III, 15 (16). — fr. 9 pr., fr. 24 D. XII, 1 *De reb. cred.*

(*a*) Gaji *Inst.* III, § 128-134. Theophil. *Paraphr. ad* § un. *Inst.* III, 21 (22) *De lit. oblig.* — L. Almendingen intorno alle così dette *Rationes domesticae* dei Romani, nel *Magaz.* di Grolman II,

ni ebbe la sua origine dalla consuetudine dei padri di famiglia di tenere libri d'entrata ed uscita (*b*); poichè chi faceva registrare un credito nel libro d'uscita di un altro, se ne costituiva con ciò (*litteris*) debitore; e quindi nacque il contratto letterale per mezzo della inscrizione del credito (*c*), e ciò in doppia guisa, o colla trascrizione di una cosa ad una persona, o di una persona ad un'altra. La prima maniera aveva luogo se veniva scritto nel libro d'uscita ciò che qualcheduno doveva in dipendenza di un contratto di compra-vendita, di locazione o di società; la seconda poi avea luogo se ciò che mi doveva, p. e. Tizio, veniva inscritto al nome di un'altra persona da Tizio delegata (*d*). Secondo questa definizione di Cajo, l'obbligazione letterale non era altro che una specie di novazione, mediante la inscrizione nel libro d'uscita fatta col consenso del debitore; e lo scopo principale di questa novazione sembra essere stato quello di trasformare un credito incerto, derivante da un contratto di buona fede, in un credito certo, mediante un contratto di stretto Diritto (*e*).

Anche i cambisti si servivano di questi libri in cui registravano gli affari conchiusi al banco pubblico.

Finalmente vi era un'altra specie di obbligazioni letterali per gli stranieri, se qualcheduno in uno scritto confessava di esser debitore, e questo credito non era stato fatto mediante stipulazione (*f*). Tuttavia queste due maniere di contrarre non si sono più praticate nel Diritto nuovo.

§ 517.

Contratto letterale secondo il Diritto Giustinianeo (*a*).

I compilatori delle Instituzioni riferiscono il seguente caso, come contratto letterale, o, al dire dei moderni, come contratto chirografario. Chi confessò un debito in uno scritto, ossia chirografo, se viene per esso impetito, può, entro un biennio, opporre all'attore l'*exceptio non numeratae pecuniae*, la quale produce l'effetto (*b*) che l'attore debba provare in altro modo il suo credito (*c*), p. e. con

p. 178-182 e 213-221. — Unterholzner sull'orazione di Cicerone *Pro Roscio*, nel *Gior. di Giurisprudenza storica* I, p. 248. — Savigny *Sul contratto letterale dei romani, negli Atti della Classe filosofica della regia Accademia prussiana delle scenze* in Berlino 1816-17-18. — E. Gans *Commenti a Cajo*, Berlino 1821 p. 419-427. — A. C. Hanlo *Disput. de nominum obligatione*, Amstelod 1825, della quale Zimmern fece l'analisi negli *Annali* di Schunck IV, 2, p. 168.

(*b*) Un libro (*codex*) è un aggregato di tavolette e specialmente di tavolette incerate che servivano a scrivere Meister § 513.

(*c*) Gaji *Inst.* III, § 128.

(*d*) Gaji *Inst.* III, 129 e 130.

(*e*) Warnkönig n. 482.

(*f*) Gaji III, § 134.

(*a*) § un. *Inst.* III, 21 (22) *De lit. oblig* comp. § 2 *Inst.* III, 13 (14) *De oblig.*

(*b*) C. IV, 30 *De non numerata pec.* — Auth. *Si quis vult.* C. VIII, 18. — Donelli *Comm. ad tit.* C. IV, 30 — Meurer *Dissertazioni giuridiche*, Lipsia 1780. Collezione prima, n. 2. — Pfeiffer *Miscellanee di Dir. priv. germanico e romano*, n. 3. Marburgo 1803 — Glück *Comm.* XII, § 786-788. — F. Majer *De vera except. non numeratae pecuniae*, Wirceb. 1817. — C. F. Reinhardt *Miscellanea*; Stoccarda 1822, fasc. I, n. 9. Sono altresì notabili due Dissertazioni sull'*exceptio non numeratae pecuniae* nell'*Arch. della Prat. civ.* di cui una è di Hansen IV, 1 p. 45 e l'altra di Unterholzner VII, 1, p. 1.

(*c*) c. 3 c. IV, 30 Se l'*exceptio non num. pec.* possa intentarsi solo contro documenti di mutuo, o s'essa si possa proporre anche contro altri documenti, in cui taluno confessi di aver ricevuto denaro od altre cose, ciò è assai controverso. Teofilo nella *Parafr.* al § un. *Inst.* III, 21 la limita al solo mutuo, e questa limitazione sembra venir confirmata dalla c. 5 C. IV, 30 *Adversus petitiones adversarii, si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem* ibi *locum habere*, ubi quasi credita pecunia petitur. Alcuni, come p. e. Hansen, ritengono che l'*exceptio non num. pec.* possa aver luogo in ogni contratto reale, dal deposito in fuori. Altri invece, come Unterholzner § 4, sono di opinione che tale eccezione possa pro-

una quittanza, in cui il creditore confessa di aver ricevuto una parte del capitale dovuto ovvero degl'interessi, la quale quittanza, dopo trenta giorni, fa piena prova (*d*); oppur con un testamento, in cui il debitore confessi il suo debito (§ 425); o per mezzo di qualche altra ricognizione del debito, se p. e. furono pagati interessi del capitale espresso nel chirografo (*e*). Se l'attore vuole valersi di testimoni, questi devono essere almeno tre ed essere stati presenti quando fu dato il mutuo (*f*).

Chi dichiara, in un documento, di aver ricevuto danaro che non gli fu realmente consegnato, può ripetere il documento mediante la *condictio sine causa* (§ 595, 3) (*g*), o può rendere perpetua la sua eccezione colla denunzia che il danaro non gli fu numerato (*h*). Ma se trascorsero due anni dall'epoca in cui fu rilasciato il chirografo, la eccezione *non numeratae pecuniae* non ha più forza, di maniera che il debitore è obbligato a pagare la somma espressa nell'istrumento, quantunque potesse provare di non aver ricevuto cosa alcuna, e con ciò egli apparisce obbligato solamente in forza del suo scritto (*literis*) (*i*).

Se la parola *contratto* si prende in senso lato per obbligazione, allora si può, senza dubbio, ritenere che nel caso rammentato abbia luogo un contratto letterale, perchè quegli il quale entro due anni non ripete il suo chirografo nè accampa un'azione, viene dalla legge, per la sua negligenza, punito col dover pagare, quand'anche non avesse ricevuto nulla. Siccome infatti vengono spesso rilasciati chirografi nella speranza di ottenere un mutuo, così è ragionevole di ammettere, entro un certo tempo, l'eccezione che non fu contato il danaro, affinchè gli usurai non possano abusare dei chirografi ricevuti; ma è altresì ragionevole che quegli il quale non avendo ricevuto nulla, non ripete entro due anni il suo chirografo, debba portare le conseguenze della sua negligenza se dopo quel tempo non gli si dà più ascolto (*k*).

Ma se la parola *contratto* si prende in senso stretto allora l'opinione de' Compilatori delle Istituzioni non sembra punto sostenibile, poichè per un contratto si richiede il consenso reciproco d'ambe le parti. Ora chi potrebbe sostenere che chi confessò di aver ricevuto un mutuo, abbia acconsentito di pagarlo anche nel caso che il danaro non gli sia stato effettivamente consegnato? Oltre di che non si può comprendere come possa nascere un contratto senza scambievole consenso, e soltanto col decorso di un certo tempo. Questa opinione dei Compilatori delle Istituzioni non

porsi contro ogni documento, in cui taluno confessi di avere ricevuto denaro od altre cose, ad eccezione di quei documenti in cui una persona riconosca di aver ricevuto in deposito denaro od altre cose (c. 14 § 1 C. IV, 30). Confr. Glück XII, p. 174. Unterholzner è inoltre d'avviso che, all'eccezione surriferita non si faccia luogo, se il documento di debito contenga che il denaro sia stato numerato in un'epoca antecedente e precisata, e ciò per la c. 5, c. 13 C. IV, 36 « *ex praecedente et antecedente causa* » Veggasi però in contrario Hansen § 7 e Glück p. 105-110 e pag. 153-155.

(*d*) c. 14 § 2 C. IV, 30.

(*e*) c. 4 C. eod.

(*f*) Auth. *Si quis vult. caut.* ad. c. 11 C. VIII, 18 *Qui potior. in pign.* — arg. Nov. 79 c. 2.

(*g*) c. 7 C. IV, 30 — c. 4 C. IV, 9 *de condict. ex lege et sine causa.*

(*h*) c. 8 c. 14 § 4 C. IV, 20. Confr. Marezoll nel *Mag.* di Grolman e Löhr IV, 3, p. 336-392.

(*i*) § un. in fine *Inst.* III, 31 (21) « *ut ultra biennii metas ejusmodi exceptio minime extendatur* » — c. 8, c. 14 pr. C. IV, 30 « *ut eo* (*biennio*) *elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit.* » Di opinione differente sono Unterholzner § 6, Meurer e molti altri.

(*k*) *Mag. civ.* di Hugo I, 146-153 e 181-183.

trova appoggio neppure nelle altre Collezioni, poichè nelle Pandette si legge (*l*) che i contratti sono o reali, o verbali, o consensuali, e nel Codice, nel titolo *De non numerata pecunia*, si tratta diffusamente del rapporto giuridico, di cui i Compilatori delle Istituzioni formarono un contratto, senza che di un contratto, venga ivi fatto il minimo cenno.

Ma quantunque il *contractus nominum* sia caduto in disuso, e la mentovata obbligazione letterale non si possa ritenere per un contratto, tuttavia sembra che si possa sostenere, a buon dritto, che nel Diritto romano si danno veramente contratti letterali (*m*). Poichè se per volontà dei contraenti o per legge non si può ritenere come conchiuso un affare quando non sia stato eretto in iscritto in tal caso l'efficacia dell'affare dipende senza dubbio dallo scritto; ciò che forma la caratteristica di un contratto litterale (*n*). Una tal convenzione poi non è dalle leggi in nessun luogo vietata; anzi se le parti convennero di estendere un contratto in iscritto, non si può supporre che abbiano ciò fatto soltanto per avere in mano un mezzo di prova, ma si deve piuttosto ritenere che l'affare non si possa considerare come conchiuso finchè non sia stato interamente redatto in iscritto (*o*).

Nel contratto poi enfiteutico (§ 229) e nella fidejussione delle donne (§ 620) si richiede, di regola, per la loro validità un documento scritto.

(*l*) fr. 1 § 1 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*m*) Confr. Marezoll nel *Gior. di Dir. e Proc. civ.* III, e p. 258 il quale in parte ha delle viste differenti.

(*n*) § un. *Inst.* III, 22 (23) *De oblig. ex consensu.*

(*o*) pr. *Inst.* III, 23 (24) *De emt. et vend.* — fr. 2 § 1 D. XVIII, 1 *De contr. emt.* — c. 17 C. IV, 21 *De fide instr.* — c. 4 C. IV, 48 *De peric. et commod.*

TITOLO IV.

Dei contratti consensuali.

§ 518.

Dei contratti consensuali in genere.

Contratti consensuali sono quelli la cui piena validità ed efficacia dipende dal solo consenso reciproco dei contraenti; in questi dunque non è necessario nè un documento scritto, nè la presenza delle parti, nè la consegna della cosa. Appartengono a questa classe i contratti di compra-vendita, di locazione, di società, e di mandato: contratti questi tutti di buona fede (*a*).

§ 519.

I. *Definizione del contratto di vendita* (*a*).

Col contratto di vendita (*emtio-venditio*) si promette di dare ad altri una cosa (*b*) per una determinata somma di danaro (*c*). Ma nello stesso modo che non vi ha vendita se viene stipulato che la proprietà della cosa non passi nel compratore (*d*), così non ve n' ha pure se fu espressamente dichiarato che viene trasferita la proprietà: poichè ciò ripugna per modo alla nozione della vendita, che con tal clausola il contratto si dovrebbe risguardare per innominato (*e*).

(*a*) *Inst.* III, 22 (23) *De oblig ex consensu.*

(*a*) *Inst.* III, 23 (25) *De emt. et vend.* — D. XVIII, 1 *De contr. emt.*—D. XIX, 1 *De act. emt. et vend.* C. IV, 38 *De contr. emt. et vend.* — C, IV, 46 *Quae res venire poss.* — C. IV, 47-51. — E. C. Westphal nell' opera citata nella prima nota del § 489.—F. J. Cremer *De emt. vend.*, Gröning. 1802. — Glück XVI XVII.

(*b*) fr. 8 pr. D. XVIII, 1.

(*c*) § 1 *Inst.* III, 23 (24)—fr. 72 pr. D. XVIII, 1.

(*d*) fr. 80 § 3 D. eod.

(*e*) fr. 16 D. XII, 4 *De condict. causa data, causa non secuta.* — fr. 25 § 1, fr. 28, D. XVIII, 1. — fr. 11 § 2 D. XIX, 1. — fr. 75 § 10 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — Cujac. *Observ.* XXIII, 29 — Glück XVI, p. 7-13.

Chi promette di consegnare la cosa chiamasi venditore, e compratore chi ne promette il prezzo.

Ognuno che sia capace di acquistare diritti, può anche comprare; ad eccezione

1. dei soldati, i quali non possono comprare beni stabili nelle provincie in cui servono, tranne se le loro sostanze paterne vengono vendute dal fisco (*f*);

2. i governatori non possono comprare beni mobili nè immobili nelle provincie, soggette al loro governo, ad eccezione di quelle cose di cui essi abbisognano pel proprio mantenimento e vestito (*g*);

3. finalmente quelli che si distinguono per natali, per cariche o per ricchezze non possono intraprendere alcun affar commerciale, affinchè il commercio possa tanto più facilmente esercitarsi dagli altri cittadini (*h*).

§ 520.

Degli oggetti del contratto di compra-vendita in genere, e della compra di una eredità in ispecie.

L'oggetto della vendita, per una parte, è una cosa che sia in commercio, e per l'altra, danaro contante. La parola *cosa* si prende in senso stretto, cosicchè non vi si comprendono le azioni (*a*). Del resto, è lo stesso che la cosa sia corporale o incorporale, e perciò possono formar oggetto di vendita anche diritti tanto reali (*b*) quanto personali.

Se vengono trasferiti diritti personali, e se qualcheduno concede l'uso di una cosa verso un determinato prezzo in danaro, allora, di regola, nasce, è vero, un contratto di locazione, ma talvolta anche di compra. Nella decisione di casi dubbj possono servire le seguenti massime:

1. Se qualcheduno fa uso di una cosa per un determinato correspettivo senza percepirne frutti naturali, o se l'uso della cosa consiste nel percepimento dei frutti naturali, e se questi vengono percepiti da quello stesso che ne ha l'uso, in tal caso avvi contratto di locazione; ma se i frutti vengono percetti dall'alienante e da esso poi trasferiti all'altro contraente, allora vi ha contratto di vendita (*c*).

2. Se fu pattuito con un artefice che egli, con materia propria, faccia una cosa di un dato peso e di una data forma, questa convenzione è un contratto di vendita; ma se fu il committente che somministrò la materia, e s'ei pagò soltanto la fattura, in tal caso vi ha contratto di locazione (*d*).

Fra le alienazioni di cose incorporali, è specialmente da notarsi la vendita di una eredità (*e*), la quale può venir alienata o come speranza, o come cosa certa. Nel primo caso, valgono le stesse massime che verranno stabilite nel seguente paragrafo circa la compra della speranza (*f*). Nel secondo caso, la vendita è per lo più invalida, come abbiamo già altrove osservato (§ 488, I). Ma si può bensì vendere una eredità omai delata,

(*f*) fr. 9 pr. D. XLIX, 16 *De re militari.*

(*g*) fr. 62 D. XVIII, 1. — fr 6 § ult. D. I, 16 *De off. procons.* — fr. 46 § 2 D. XLIX, 14 *De jure fisci* — c. un. § 2 e 3 C. I, 53 *De contr. jud.*

(*h*) c. 1 C. IV, 63.

(*a*) fr. 34 § 1 D. XVIII, 1 — fr. 6 § 1 D. XIX, 1.

(*b*) fr. 11 § 3, fr. 12 D. XXI, *De pign.*

(*c*) G. F. Holzhauer *De local. rei frugiferae et vendit. fructum futur. differ.*, Regiomont 1800.

(*d*) § 4 *Inst.* III, 24 (25). — fr. 20, fr. 65 D. XVIII, 1. — fr. 2 § 1, fr. 2 § 22 D XIX, 2 *Locati.* Vi ha pure contratto di locazione, se taluno si assunse di costruire un edifizio sul fondo proprio verso un correspettivo coi materiali di chi ordina l'opera, fr. 22 § 2 D. XIX, 2 *Locati.* Confr. anche fr. 31 D. eod.

(*e*) D. XVIII, 4 *De hered. vel act. vend.* — C. IV, 39 eod. La vendita di un'azione appartiene alla dottrina della cessione (§ 640-644).

(*f*) fr. 10 13 D. XVIII, 4.

e allora sono da osservarsi le seguenti massime peculiari:

I. Al compratore spetta tutto ciò che apparteneva alla eredità al tempo della vendita, e che in seguito vi accederebbe, cosicchè egli non ha nè più nè meno diritti di quelli che avrebbe avuto l'crede; e perciò sembrerebbe che il compratore acquistasse anche ciò che compete al venditore per diritto di accrescimento (*g*), ma non mai in ciò che gli compete in forza di una sostituzione pupillare, poichè questa forma una nuova eredità (*h*). Il venditore deve inoltre rifondere il valore delle cose alienate prima della vendita (*i*); ma se egli aliena qualche cosa bensì dopo conchiusa la vendita ma prima della consegna, in tal caso trasferisce, è vero, il diritto di proprietà, giacchè è ancora proprietario; ma siccome esso viola il contratto, così esso deve soddisfare al compratore l'*id quod interest* (*k*). Per singoli oggetti della eredità non è tenuto all'evizione, ma sibbene per la intiera eredità (*l*). Se prima della vendita andarono smarrite o furono deteriorate delle cose appartenenti alla eredità, l'erede è responsabile pel dolo e per la colpa lata; dopo la vendita è tenuto per ogni colpa (*m*). Se coll'adizione della eredità andarono estinti diritti, p. e. servitù, mediante confusione (§ 361), in tal caso, dopo la vendita, cessa nuovamente la confusione (*n*). Dal suo canto il compratore porta tutti i pesi della eredità, paga i legati ed i debiti, e rifonde al venditore le spese fatte per la eredità (*o*).

II. Perciò che risguarda gli estranei, vale il principio, che il venditore non cessa di essere erede (*p*); e perciò esso può ancora intentare le azioni ereditarie, nel qual caso deve rimettere al compratore ciò che riceve, eccettuati i guadagni puramente accidentali (*q*); così pure i creditori del defunto e i legatarj possono agire contro il venditore (*r*), nel qual caso egli può ripetere quanto avea pagato dal compratore o dai fidejussori (*s*). *Utilmente* poi competono al compratore, anche senza cessione non solamente le singole azioni dipendenti dalla eredità, ma benanche l'azione d'eredità (*t*). Se la eredità fu venduta in nome del fisco, il compratore deve pagare i debiti, ed il fisco non è responsabile verso i creditori della eredità (*u*); gli altri venditori vengono assolti, se i creditori intentarono l'azione contro il compratore, e questi contestò spontaneamente la lite (*v*).

(*g*) fr. 2 pr. § 1, 4 D. XVIII, 4 hujus tit. Raccolta di alcune delle più ordinarie questioni di Diritto civile, secondo il sistema di Eineccio di G. S., Vienna 1804, p. 125-133. — Klüpfel nell *Arch. della Prat. civ.* III, 1 in fine. — Mühlenbruch III, § 516. — Di un'altra opinione è Glück nel suo *Comm.* XVI, pagina 341-367.

(*h*) fr. 2 § 2 D. hujus tit.

(*i*) fr. 2 § 3, fr. 10 in fine D. hujus tit.

(*k*) c. 6 C. IV, 39 hujus tit. — fr. 21 D. hujus tit.

(*l*) fr. 1, fr. 7-12, fr. 14 § 1, fr. 15 D. XVIII, 4 hujus tit. — c. 1 C. VIII, 45.

(*m*) fr. 2 § 5 § 7-10, fr. 3 D. hujus tit. Confr. § 467, II.

(*n*) fr. 9 D. VIII, 4 « *Si ei, cujus praedium mihi serviebat, heres ex stiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet.* » fr. 2 § 18, 19, 20 D. hujus tit.

(*o*) fr. 2 §§ 9, 11-17, fr. 18 D. hujus tit. — c. 2 C. hujus tit. — c. 2 C. VI, 37 *de legat.*

(*p*) fr. 2 § 18 D. hujus tit. — fr. 88 D. XXVIII, 5 *de hered. inst.* — fram. 43 § 3 D. XXVIII, 6 *de vulg. et pupill. subst.*

(*q*) Come p. e. se in occasione dell'eredità gli fosse stato pagato un credito non esistente, fr. 2 § 7 D. h. t.

(*r*) c. 2 C. h. t.

(*s*) c. 2 C. VI, 37 *de legat.*

(*t*) fr. 16 pr. D, II, 14 *de pact.* — fr. 54 pr. D. V, 3 *de hered. pet.* — c. 5 C. h. t. (IV, 39).

(*u*) fr. 41 D. XLIX, 14 *de jure fisci.* — c. 1, C. IV, 39.

(*v*) c. 2 C. II, 3 *de pact.* Hepp ritiene che la c. 2 C. II, 3 formi solo parte del Diritto storico (*Arch. della Prat. civ.* XV, 2 p. 262). Ma se il fi-

§ 521.

Vendita in monte: compra della speranza, e compra di una cosa sperata.

La vendita di cose corporali, che sono determinabili in numero, misura e peso, può seguire in due maniere. O viene fissato un prezzo pel tutto, e allora vi ha vendita in monte (*emtio per aversionem*) (*a*); o viene fissato un dato prezzo per ogni singola quantità; ed in tal caso tanti sono i prezzi, quante le singole quantità vendute (*venditio ad mensuram*) (*b*).

Nella vendita in monte, il compratore non paga mai un prezzo maggiore di quello promesso, quantunque egli forse acquisti più di quanto indicò il venditore; all'incontro paga un prezzo minore se il venditore promise espressamente una certa quantità, ed invece se ne trova di meno (*c*).

Siccome possono formare oggetto del contratto di vendita non solo le cose presenti, ma anche le cose future; così, riguardo a quest'ultime, bisogna distinguere la compra della speranza (*emtio spei*), dalla compra di una cosa sperata (*emtio rei speratae*).

sco, vendendo un'eredità, rimane sciolto dai debiti della medesima, in qualunque caso anche senza novazione espressa o tacita, e se perciò la c. 8 C. VIII, 42 non abolisce, com'è evidente, un tale diritto del fisco, sembra consentaneo all'equità che anche gli altri creditori ne restino sciolti, almeno nel caso che i creditori abbiano citato in Giudizio il compratore, e ciò tanto più che nella compera di un'eredità valgono varii principii i quali appartengono al Gius singolare, e che la semplice promozione di un'azione contro il cessionario, come osserva lo stesso Hepp, difficilmente si può dir che contenga una tacita novazione.

(*a*) fr. 62 § 2 D. XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 4 § 1 D. XVIII, 6 *de peric. et commod. rei vend.*

(*b*) fr. 40 § 2 D. XVIII, 1.

(*c*) fr. 2 pr., fr. 4 § 1 fr. 6 pr., fr. 38 pr. D. XIX, 1 *de act. emt.*, fr. 69 § 6 D. XXI, 2 *de evict.* Intorno alla distinzione che alcuni fanno in vista del fr. 13 § 14 D. XIX, 1 veggasi Glück XVI, p. 85-89.

Se, dietro il corso naturale delle cose, possa facilmente succedere che non abbia effetto ciò che fu comperato, allora vi ha la compra della speranza, p. e. se vengono comprati quei pesci o quegli uccelli che verranno presi in una gittata di rete. Una tal compra resta valida benchè resti delusa la speranza; e benchè, negli addotti esempi, nulla si prenda (*d*).

Ma se, dietro le leggi naturali, è verosimile che si realizzi qualche cosa, allora ha luogo la compra di una cosa sperata; la qual compra è nulla se niente si realizza, come se p. e. fu comprato il futuro raccolto (*e*).

§ 522.

Del prezzo, e suoi requisiti.

I. Il prezzo deve consistere:

1. in danaro contante (*a*). Se vengono date in parte cose ed in parte danaro contante, l'affare si giudica secondo ciò che fu convenuto da principio (*b*); cosicchè vien ritenuto compra, quantunque in seguito in pagamento vengano date cose invece di danaro (*c*); anzi avvi compra anche se il compratore, oltre a dar denaro, si abbia assunto altri obblighi (*d*).

2. Il prezzo deve esser fissato *seriamente*, e non soltanto in apparenza (*pretium verum*); se dunque taluno fissa bensì un prezzo, ma invece di esigerlo vuole donarlo, non vi ha vendita (*e*), come non vi ha nemmeno se la cosa viene venduta per una

(*d*) fr. 8 § 1 D. XVIII, 1 — fr. 11 § 18, fr. 12 D. XIX, 1 *de act. emt.*

(*e*) fr. 8 pr., fr. 39 § 1, fr. 78 § 3 D. XVIII, 1.

(*a*) § 2 *Inst.* III, 23 (24) *de emt. vend.*

(*b*) fr. 34 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*c*) c. 9 C. IV, 44 *de resc. vend.* — c. 4 C. VIII 45 *de evict.*

(*d*) fr. 6 § 1 e 2, fr. 21 § 4 D. XIX, 1 — fr. 79 D. XVIII, 1 Glück p. 68 è di un'opinione differente, senza però, a quanto ci pare, aver per appoggio la legge.

(*e*) fr. 36 D. XVIII, 1.

bagattella (*nummo uno*) (*f*). Che se fu venduta qualche cosa a basso prezzo, per farne del soprappiù una donazione, la vendita sussiste come tale, e si chiama vendita graziosa (*venditio gratiosa*): confr. § 481.

3. Il prezzo non può essere contrario alle leggi (*pretium justum*); il venditore, cioè, non deve esser leso oltre la metà (confronta il § seguente) (*g*).

4. Finalmente il prezzo dev'essere determinato (*pretium certum*); esso deve cioè essere in qualche modo fissato, e non rimesso al puro arbitrio del compratore, o venditore (*h*). Non è necessario che il prezzo venga fissato numericamente, promettendo per esempio una manata od un sacco di danaro (*in folle*) (*i*): vi ha in tal caso contratto di compra-vendita, come vi ha pure se il prezzo viene fissato determinando un qualche oggetto, dietro il quale si possa misurare l'importo, come p. e. se io compro il fondo allo stesso prezzo al quale l'ha comprato un terzo (*k*). È permesso di rimettere la determinazione del prezzo anche ad una terza determinata persona (*l*) che di ciò s'incarichi; ma se questa non ha potuto o voluto dichiarare il prezzo, il contratto è nullo, come se non fosse stato fissato alcun prezzo (*m*).

(*f*) arg. fr. 46 D. XIX, 2 *Locati*.
(*g*) fr. 38 D. XVIII, 1.
(*h*) fr. 35 § 1 D. XVIII, 1. — c. 13 C. IV, 38 *De contr. emt.* — Vedi per altro il § 487.
(*i*) fr. 7 § 1 D. XVIII, 1. « *Hujusmodi emtio: quanti tu eum emisti, vel quantum pretii in arca habeo, valet, nec enim incertum est pretium in tam evidenti venditione; magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.* » — Non osta il fr. 16 D. XII, 4 *De condict. caus. dat.*, poichè il medesimo si riferisce unicamente al contratto innominato: *do, ut des*.
(*k*) fr. 7 § 1 e 2, fr. 37 D. XVIII, 1.
(*l*) Non si può rimettere la determinazione del prezzo ad una persona incerta, arg. fr. 25 pr. D. XIX, 2 *Locat.*
(*m*) § 1 *Inst.* III, 23 (24) — c. 15 C. IV, 38.

§ 523.

Rescissione del contratto di compra-vendita in forza della c. 2 C. De rescindenda venditione.

Secondo un rescritto degl'imperatori Dioclesiano e Massimiano (*a*) il venditore di uno stabile, il quale non abbia acquistato pel medesimo neppure la metà del vero suo prezzo, può domandare che, previa restituzione del prezzo, gli sia riconsegnato lo stabile, o ch'ei sia reintegrato del prezzo mancante (*b*).

Per la ragione di equità addotta dagl' Imperatori, la maggior parte de' Giureconsulti già da tempi più remoti estesero questa legge tanto al compratore, quanto alle cose mobili, così Averanio non volea disputare se ciò fosse giusto od ingiusto (*c*), affinchè non sembrasse voler esso confutare un'opinione tanto radicata (*d*). Vi sono anzi molti che estendono questa legge a tutti gli affari bilaterali (*e*).

(*a*) c. 2 C. IV, 44 *De rescind. vend.* « *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate juris intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* » J. P. Gregel *Specim exhib. remed.* l. 2 C. *De rescind. venditione brevi systemate tradit.*, Wirceburg 1798.
(*b*) il prezzo si determina dietro l'epoca della vendita c. 8 C. eod.
(*c*) *In interpr. jur.* lib. III, c. VII, n. 6.
(*d*) Fra gli scrittori dei tempi anteriori impugna questa opinione Cujaccio *Observ.* lib. XVI, c. 18, e fra i moderni Bucher § 71 - Weisseneck nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 1. p. 41 — Wening II, 3 § 149.
(*e*) p. e. Thibaut § 197, Seuffert § 272, Glück XVII. pag. 120-125. In appoggio di tale estensione della legge si adducono fr. 79 D. XVII, 2 *Pro socio* — fr. 6 § 2, fr. 12 § 1 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — c. 3 C. III, 38 *Commun. utriusque jud.* Per l'opinione contraria si citano i fr. 23 D.

Attesa la gran differenza che passa tra le cose mobili e quelle immobili, ed attesa la diversità della ragione, per cui oltrechè per l'equità compete al venditore, e si vorrebbe che competesse anche al compratore, il diritto d'impugnare il contratto (*f*), a noi sembra più conveniente ai principj dell'analogia che quella legge valga solo pel venditore, e per le cose immobili. Conviene però accordare che vi sono delle ragioni che possono, almeno in apparenza, giustificare un'applicazione più estesa. Quel rescritto infatti, di cui abbiamo parlato, venne dagl'Imperatori rilasciato in un caso speciale ad un certo Lupo; s'essi non parlano nel medesimo che del venditore e di un bene immobile, ciò fu perchè, nel caso contenzioso sottoposto alla lor decisione, non si trattava di altri che di un venditore e di un bene immobile. Da ciò non si può quindi inferire che gl'Imperatori volessero negare al compratore il rimedio legale della rescissione del contratto, e ciò tanto meno in quanto che essi allegano l'equità per fondamento della loro decisione, la quale deve essere operativa tanto pel compratore quanto pel venditore.

L'applicazione della c. 2, anche alle cose mobili, trova infine un appoggio nel riflesso, che gl'Imperatori, nel bel principio del loro rescritto, parlano di una cosa in generale, senza far distinzione se la medesima sia mobile od immobile (*g*).

XIX, 2 *Locat.* — fr. 78 § 16 D. XXXVI, *Ad senatuscons. Trebell.* Quelli che estendono per equità al compratore la legge, di cui si tratta, non sembrano molto consentanei a sè stessi, se non la estendono anche ad altri negozi bilaterali.

(*f*) Confr. Bucher e Weisseneck p. 43 e 44. Si vendono bensì alle volte immobili per bisogno a un prezzo basso; ma è ben raro che per bisogno si comprino immobili a un prezzo maggiore, si bene cose mobili e specialmente fungibili.

(*g*) Kaufmann § XLVIII.

Secondo quelli che sostengono quest'ultima opinione, vale adunque per analogia la massima: che nel contratto di compra-vendita vi ha in generale lesione se taluno diede il doppio di quanto abbia ricevuto (*laesio enormis, laesio ultra dimidium*) (*h*). A chi resta leso in tal modo compete l'azione del contratto per rescissione dell'affare; ma il convenuto può, se compratore, supplire al prezzo, e se venditore, restituire quanto acquistò di più del vero prezzo, o può anche accordare la rescissione (*i*).

Quest'azione non ha luogo se taluno vi rinunziò (ciò che si ritiene per tacitamente avvenuto, se il danneggiato sapeva il vero prezzo della cosa) (*k*); se il testatore ordinò di venderla per un prezzo minore (*l*); se essa perì per un caso fortuito, presso il compratore che commise la lesione (*m*); o se la compra è un contratto di sorte, come p. e. la compra della speranza (§ 521).

§ 524.

Vantaggio e pericolo della cosa venduta, ma non peranco consegnata (*a*).

Nella compra-vendita bisogna di-

(*h*) Così vi ha lesione pel venditore s'esso per esempio per una cosa che costa 100 fiorini non ne riceve nemmeno 50; e pel compratore, se per tal cosa esborsò più di 200 fiorini. Alcuni, fra i quali Ickstad (*de laesione enormi recte computanda* Herbipol 1734), nel computare la lesione del compratore fanno uso della proporzione aritmetica, per cui il compratore sarebbe leso oltre la metà tostochè esso abbia pagato l'intiero prezzo e qualche cosa più della metà dello stesso, nel caso concreto fiorini 151. Ma l'analogia regge soltanto per la proporzione geometrica, che viene in effetto preferita dalla maggior parte dei Commentatori. Confr. Glück XVII, p. 34-50.

(*i*) c. 2, 8 C. IV, 44.

(*k*) arg. c. 29 C. II, 3 *de pactis* — arg. fr. 38 D. XVIII, 1 — c. 11 C. IV, 44 — fr. 145, fr. 203 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*l*) fr. 49 § ult. D. *de legat.* I.

(*m*) fr. 31 § 3 D. V, 3 *de hered. petit.* — fr. 12 § 1 D. XXIII, 3 *de jure dot.*

(*a*) D. XVIII, 6 — C. IV, 48 *de peric. et comm. rei vend.*

stinguere due specie di perfezione (*b*): la prima cioè, quella da cui dipende la forza obbligatoria dell'affare, ha luogo tostochè i contraenti si accordarono sull'oggetto e sul prezzo della compra-vendita (*c*); la seconda per cui passa nel compratore il rischio del danno casuale (*d*), e il benefizio di ogni vantaggio nascente dalla cosa, od alla stessa accedente (*e*) (***periculum et commodum rei venditae, sed nondum traditae***), sussiste se fu precisamente determinato tanto l'oggetto quanto il prezzo della compra-vendita, e se il contratto venne conchiuso ***puramente***.

Ove dunque la compra-vendita sia stata conchiusa sotto qualche condizione, o se resti ancora qualche cosa d'indeterminato riguardo all'oggetto od al prezzo, in tal caso la compra-vendita ritiensi per imperfetta, e resta a carico e benefizio del venditore sì il danno che l'utile (*f*).

Se la compra-vendita è ancora imperfetta come contratto, cosicchè ciascuna parte possa dalla medesima recedere, lo sarà tanto più relativamente al rischio ed all'utile.

La compra-vendita è ancora imperfetta come contratto:

I. Se per volontà dei contraenti debba redigersi in iscritto, e la scrittura non sia peranco ultimata (*g*).

II. Se il compratore si sia riservato di provare la cosa, e non lo abbia ancora fatto (*h*).

La compra-vendita perfetta come contratto, è imperfetta relativamente al rischio ed all'utile:

a. se fu conchiusa sotto una condizione, e questa sia ancora pendente (*i*).

b. se furono vendute una o più cose di un certo genere, ma senza una più speciale determinazione, e la scelta non sia per anco stata fatta (§ 463 in fine) (*k*);

c. se in una compra alternativa perisce una o l'altra di due cose, su cui cader deve la scelta, prima che abbia luogo la medesima, il danno colpisce il venditore; ma se le cose perirono tutte due, il compratore deve pagarne il prezzo, poichè una di esse apparteneva certamente a lui (§ 463);

d. se la compra-vendita fu conchiusa a misura od a peso, e le cose non furono peranco numerate, misurate, o pesate; in ciò è indifferente se fu stabilito un prezzo complessivo per una parte di un tutto (p. e. per cento botti di vino di una data cantina), o se sia stato fissato per ogni singola cosa (p. e. per ogni botte) un prezzo separato (*l*), o se finalmente il prezzo

(*b*) Höpfner § 872 nota 1.

(*c*) c. 1, c. 6 C. IV, 44 *de resc. vend.*

(*d*) § 3 *Inst.* III, 23 (24) *de emt.* — fr. 34 § 6 D. XVIII, 1. — fram. 5 § 2 D. XVIII, 5 *de resc. vend.* — fr. 8 pr. D. XVIII, 6 — fr. 14, fr. 15 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — cap. 4-6 C. IV, 48. Non osta il fr. 33 D. XIX, 2 *de locat. cond.*, poichè il medesimo trova la sua spiegazione nell'obbligo del venditore di rispondere dei difetti della cosa venduta; non si oppone neppure il fr. 12-14 D. XVIII, 6 Confr. Glück XVII, p. 134-151.

(*e*) § 3 *Inst.* III, 23 (24) — fr. 7 pr. D. XVIII, 6 — fr. 13 § 10 D. XIX, 1 *de act. emt.* — c. 1 C. IV, 48 — c. 12, 13, 16, C. IV, 49 *de act. emt.*

(*f*) fr. 8 pr. D. XVIII, 6. Si può per altro convenire il contrario, fr. 10 pr. D. eod.

(*g*) § 3 *Inst.* III, 23 (24) c. 4 C. IV, 48 Confr. § 517.

(*h*) fr. 1 pr., fr. 4 pr. § 1, fr. 15 D. XVIII, 6 — fr. 34 § 5 D. XVIII, 1 Confr. J. C. Gensler *Comm. de emtione venditione, quae fit ad mensuram, adnumerationem pondusve vel ad gestum*, Jenae 1814.

(*i*) fr. 8 pr. D. XVIII, 6 *Si pendente conditione res interierit, perimitur emtio . . . Sane si extat res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.* »

(*k*) fr. 14 § 1 D. XVIII, 6.

(*l*) fr. 35 § 7 D. XIII, 1 « *Sed et si ex dollario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum si simul dictum sit, an in singulas eas.*

fu stabilito per l'intiero dietro il numero delle singole cose, di cui lo stesso sia composto (*m*). Se poi fu stabilito un prezzo per un tutto, p. e. per una botte di vino, qualunque sia la quantità contenutavi, allora il danno accidentale sta a carico del compratore (*n*);

e. se fu rimessa ad un terzo la determinazione del prezzo, e questi non lo abbia peranco fissato (*o*).

§ 525.
Effetti del contratto di compra-vendita.

Oltre ai diritti ed obblighi nascenti dalla compra-vendita, e di cui abbiamo finora trattato, o che già in altro luogo indicammo (§§ 478 *q*, § 489-493), vi sono ancora da osservare i seguenti effetti giuridici di tale contratto:

1. il venditore deve consegnare la cosa venduta, con ogni sua pertinenza (*a*), e s'egli, per propria colpa, non potesse più farlo, deve prestare il pieno interesse (*b*).

2. il compratore deve prestare il prezzo (*c*), ed abbonare al venditore le spese fatte in buona fede per la cosa (*d*).

Da questo contratto nascono due azioni dirette, cioè pel compratore l'*actio emti*, e pel venditore l'*actio venditi*, pel caso che l'altra parte non adempia il suo obbligo (*e*).

(*m*) fr. 35 § 5 in fine D. eod.
(*n*) fr. 35 § 5 in fine D. XVIII, 1 *In verbis*: «*nam si omne vinum vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus*» — fr. 1 § 1 D. XVIII, 6.
(*o*) § 1 *Inst*. III, 23 (24) *de emt.*
(*a*) fr. 11 § 2, fr. 13 § 31, fr. 14, fr. 15 D XIX, 1 *de act. emt. et vend.*
(*b*) fr. 11 § 9, fr. 21 § 3 D eod — c. 4, c. 10 C. IV, 49 *de act. emt.*
(*c*) fr. 11 § 2 D. XIX, 1.
(*d*) fr. 13 § 22 D. eod. - c. 16 C. IV, 49 *de act. emt.*
(*e*) D. XIX, 1 — C. IV, 49, *de act. emt. et vend.*

§ 526.
Del contratto di locazione e conduzione.

Il contratto di locazione e conduzione (*locatio conductio*) è un contratto consensuale, con cui si promette l'uso di una cosa, ovvero la prestazione di opere per un prezzo determinato (*a*). Chi promette l'uso chiamasi locatore (*locator*), e chi lo accetta conduttore (*conductor*); e se trattasi dei beni rustici, il conduttore si appella colono (*colonus*), se di beni urbani, cioè di cose immobili che non producano frutti, appellasi inquilino in senso stretto (*inquilinus*) (*b*), e se di rendite dello Stato, publicano (*c*).

Con questo contratto possono obbligarsi tutti quelli a cui non osti qualche impedimento particolare, così:

1. ai decurioni sono in genere interdetti i contratti di locazione (*d*);

2. i soldati non possono condurre nè case nè altre possessioni (*e*);

3. i chierici possono condurre soltanto le possessioni delle proprie chiese (*f*);

4. ai tutori e curatori, prima della resa di conto (*g*), ed agl'impiegati nella esazione delle imposte, è proibito di condurre cose fiscali o pel patrimonio del principe (*h*).

§ 527.
Oggetto del contratto di locazione e conduzione.

Sono oggetto di locazione:

(*a*) *Inst*. III, 24 (25) *de locatione et conductione* D. XIX, 2 *Locati conducti* — C. IV, 65 *de locato et conducto*.
(*b*) fr. 24 § 1, 2, fr. 25 § 1 D. h. t.
(*c*) fr. 1 § 1 D. XXXIX, 4 *de public. et vectigal.* fr. 16 D. L. 16 *de verb. sign.*
(*d*) c. 30 C. IV, 65.
(*e*) fr. 50 D. XIX, 2 — c. 31. c. 35 C IV, 65.
(*f*) Nov. 123, c. 6.
(*g*) fr. 49 D. XIX, 2 — c. un. C. V, 41 *Ne tut. vel curat. vectig. cond.* Confr. § 483.
(*h*) c. un. C. XI, 72 *Quib. ad. cond. praed. fisc.*

1. l'uso di cose non fungibili (*a*), tanto mobili od immobili, quanto corporali od incorporali (*b*), e la prestazione di opere che sogliono locarsi per una determinata mercede (*c*), e che portano utilità al conduttore (*d*).

Le opere si locano in doppia maniera: o si locano da taluno in qualità di domestico o di giornaliero, nel qual caso dipende dal conduttore la più precisa determinazione delle medesime (*locatio conductio operarum*); oppure vien commessa a qualcheduno l'esecuzione di un lavoro in guisa che incomba a lui di ridurlo a termine in tutta la sua estensione (*e*) (*locatio conductio seu redemtio operis*), ed in quest'ultimo caso chi promette l'opera sua relativamente alla stessa è locatore, e relativamente al lavoro da farsi è conduttore; e viceversa chi promette la mercede, relativamente al lavoro è locatore, e relativamente all'opera promessa dall'altro è conduttore (*f*).

2. La mercede, la quale deve consistere in danaro contante (*g*), e dev'essere vera, ossia non fissata soltanto in apparenza (*h*), come dev'essere pure determinata (*i*).

Se da principio fu pattuito danaro contante, una successiva remissione non cambia la natura del contratto (*k*). Nella locazione di beni rustici, invece di danaro si può promettere una data parte di frutti (*l*), anzi anche una parte incerta, nel qual caso il conduttore si chiama *colonus partiarius*, ed è obbligato verso il locatore nella stessa guisa che un socio, in quantochè divide con lui l'utile e il danno (*m*).

§ 528.
Sublocazione e rilocazione.

La *sublocazione* ha luogo quando il conduttore loca nuovamente la cosa ad un altro, ciò che è permesso, se non vi osta una convenzione in contrario (*a*), o se la successiva locazione non è di pregiudizio al primo locatore (*b*). Ma con ciò non viene cambiato il rapporto giuridico fra questo ed il primo conduttore (*c*).

La *rilocazione* è la rinnovazione del contratto di locazione e conduzione, la quale può farsi tanto espressamente, quanto tacitamente, cioè tacitamente se il conduttore dopo spirato il termine del contratto continua, senza che il locatore vi si opponga, a

(*a*) fr. 39 D. XIX, 2. Si può per analogia applicar qui anche il fr. 3 § 6 D. XIII, 6 *Commod.*

(*b*) § 5 *Inst.* II, 5 *de usu et habit* — fr. 12 § 2, fr. 38 D. VII, 1 *de usufr.* — fr. 2 in fine, fr. 4 pr. D. VII, 8 *de usu et habit.*

(*c*) Se l'azione è tale che non si possa locare, come sarebbe p. e. l'emancipazione d'uno schiavo, si deve far uso dell'azione *praescriptis verbis*, fr. 5 § 2 D. XIX, 5 *de praescr. verb.*; trattandosi di opere che suppongono delle cognizioni (*operae liberales*), se le medesime non si possan locare, conviene domandarne la prestazione coll'*actio mandati* o *praescriptis verbis* (§ 539 II). Se ordinariamente si corrisponda per tali opere una mercede, o se questa sia stata convenuta, si può far aprire dal preside della provincia una inquisizione straordinaria onde conseguirla (§ 531).

(*d*) fr. 5 § 2 D. XIX, 5.

(*e*) fr. 51 § 1 D. XIX, 2.

(*f*) fr. 22 § 2, fr. 25 § 7, fr. 36 D. XIX, 2 — fr. un. pr. D. XIX, 3 *de aestim.*

(*g*) § 2 *Inst.* III, 24 (25) *de locat. conduct.* — fr. 1 § 9 D. XVI, 3 *Depositi* — fr. 1 § 4 D. XVII, 1 *Mandat.* — fr. 2 pr. D. XIX, 2.

(*h*) fr. 20 § 1, fr. 46 D. eod. - fr. 10 § 2 D. XLI, 3 *de adquir. vel omitt. poss.*

(*i*) § 1 *Inst.* III, 24 (25) *de locat.* — fr. 25 pr. D. XIX, 2 Confr. il § 522; mentre i principii intorno al prezzo esposti in quel paragr. sul contratto di compra vendita reggono certamente anche qui, fr. 2 pr. D. XIX, 2 — Non è però ammissibile l'applicazione della c. 2 C. IV, 44 *de resc. vend.* che altri vorrebbe per analogia far valere. Confr. § 523.

(*k*) fr. 5, fr. 24 § 5 D. XIX, 2 *Locati.*

(*l*) c. 8, c. 21 C. IV, 65 *de locat.*

(*m*) fr. 25 § 6 D XIX, 2.

(*a*) c. 6 C. IV, 65.

(*b*) fr. 13 § 8 D. VII, 1 *de usufr.*

(*c*) fr. 7, fr. 8, fr. 53 D. XIX, 2 *Locat. cond.*

far uso della cosa (*d*). Nella rilocazione tacita valgono le stesse condizioni di prima (*e*), ma senza che ne possano venir pregiudicati i diritti dei terzi (*f*). Il tempo della rilocazione tacita, se si tratta di beni rustici, è di un anno; se di beni urbani, dura finchè viene rivocata da una o dall'altra parte, tranne se il tempo del contratto fosse stato pattuito in iscritto, nel qual caso dura quanto la prima locazione (*g*).

Per analogia si deve ammettere anche negli altri contratti di locazione che il tempo della rilocazione tacita duri finchè venga revocata da una o dall'altra delle parti (*h*).

§ 529.
Obblighi del locatore di cose.

Il locatore deve:

1. consegnare al conduttore la cosa locata con ogni pertinenza (*a*), ed in vero quella stessa che fu dedotta in contratto; ma se la cosa venne evitta senza dolo e senza colpa del locatore, e questi sia pronto a consegnare un'altra cosa atta egualmente all'uso pattuito, equità vuole ch'esso vada esente dalle conseguenze dannose dell'evizione (*b*);

2. il locatore deve durante tutto il tempo della locazione conservare la cosa locata in buono stato (*c*), e perciò deve abbonare al conduttore le spese necessarie ed utili da lui fatte per la cosa locata (*d*).

3. egli deve portare i pubblici pesi congiunti colla cosa locata, e perciò anche le spese degli acquartieramenti militari (*e*);

4. giusta la massima « *casus nocet domino* » il danno accidentale sta a carico del locatore, tranne se la cosa fosse stata consegnata al conduttore per un determinato prezzo di stima, nel qual caso questi ne acquista la proprietà, e dopo finita la locazione deve restituire una cosa di eguale quantità (*contractus socidae*) (*f*).

5. se l'uso della cosa venne in tutto od in parte impedito per colpa del locatore, questi è tenuto a prestare il pieno *id quod interest* (*g*); ma se sopravenne un impedimento per mero caso fortuito, allora il conduttore può pretendere soltanto uno proporzionata diminuzione di mercede (*h*), ove l'uso della cosa sia stato impedito intieramente, o almeno in parte considerevole, poichè per un impedimento ir-

(*d*) fr. 14 D. eod.
(*e*) fr. 13 § 1 D. eod. — c. 16 C. hujus tit.
(*f*) c. 7 C. eod.
(*g*) fr. 13 § ult. D. eod. « *In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut*, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, *nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.* » Ma questo passo viene interpretato da certuni in modo diverso. Così secondo alcuni scrittori un tal passo importerebbe che la tacita rilocazione duri quanto la prima « *prout quisque* (*antea*) *habitaverit*, » e che la medesima non possa aver luogo, ove il tempo del contratto fosse stato fissato in iscritto. Confr. Weber nelle sue *Annotazioni* al *Comm.* di Höpfner § 891, nota 3 — Glück XVII, p. 284. Ha un'opinione in parte diversa da tutti gli altri Herestorff nell'*Arch. della Prat. civ.* III, 1, p. 47. Ultimamente C. Röder raccolse ed espose nella sua *Dissertaz. civ.* n. 1 tutte le opinioni esistenti in proposito: secondo lui la rilocazione tacita dura, di regola, tanto quanto la prima, tranne se nel contratto originario fosse stato stabilito un dato termine per la rilocazione, non avuto riguardo se il contratto venne conchiuso a voce o in iscritto, perchè le parole *in scriptis* a suo credere sono oziose.
(*h*) Günther § 984 in fine — Meister § 537.
(*a*) fr. 15 § 1, fr. 19 § 2, fr. 24 § 4 D. XIX, 2 *Locati*.
(*b*) fr. 9 pr. fr. 60 D. eod.
(*c*) fr. 15 § 1, fr. 60 pr. D. eod.
(*d*) fr. 55 § 1, fr. 61 pr. D. eod.
(*e*) fr. un. § 3 D. XLIII, 10 *de via publ.* — c. 9, C. XII, 41 *de metat.* — Confr. per altro c. 2 C. X, 16 *de annon. et tribut.* combinata colla nota antecedente.
(*f*) fr. 3, fr. 54 § 2 D. XIX, 2.
(*g*) fr. 15 § 8, fr. 19 § 1, fr. 24 § 4, fr. 25 § 1, fr. 33 D. eod. Se il conduttore non può far uso per sua colpa della cosa locatagli, sottostà agli effetti della sua colpa, fr. 24 § 2, fr. 25 § 4, fr. 61 § 1 D. eod.
(*h*) fr. 15 § 7, fr. 33 D. eod.

rilevante non ha luogo alcuna remissione (*i*). Specialmente nella locazione di beni rustici si può pretendere una diminuzione soltanto nel caso che il danno sia grave (*k*) ed insolito, cioè non derivato dalla natura stessa della cosa, ma da una causa straordinaria, come p. e. da un incendio, da una inondazione o da un terremoto (*l*). Non ha inoltre luogo remissione se fu ad essa rinunziato (*m*), o se in una locazione di più anni il danno di un anno viene compensato dalla fertilità degli altri anni (*n*).

Siccome poi il risarcimento del danno si riferisce soltanto alla diminuzione della mercede, e non già al reintegro di quelle cose del conduttore, che questo ebbe a perdere nell'infortunio (*o*); così sembra più conveniente ai principii generali che il conduttore, per un danno accidentale sofferto nei frutti già percetti, non possa pretendere alcuna remissione di mercede (*p*).

§ 530.
Obblighi del conduttore.

Il conduttore di una cosa deve

1. far della medesima soltanto l'uso pattuito, altrimenti egli è responsabile del caso fortuito (*a*);

2. egli non può abbandonare la cosa che per un motivo legittimo, e previa denunzia al proprietario (*b*);

3. egli deve, di regola (confronta l'antecedente §), pagare a tempo debito la intera mercede, cioè al tempo fissato nella convenzione, o dopo terminato il contratto; tranne se questo fosse stato conchiuso per molti anni, in guisa che al termine di ogni anno si debba pagare una data parte della mercede (*c*);

4. finalmente, appena spirato il termine del contratto, il conduttore deve restituire la cosa con ogni sua pertinenza, cosicchè quel conduttore, il quale, senza un fondato motivo, la trattiene fino alla emanazione della sentenza definitiva, deve restituire non solo la cosa, ma benanche il suo prezzo (*d*). Confr. anche il § 427, I.

§ 531.
Termine del contratto di locazione.

Oltre le cause generali per cui cessano i rapporti nascenti dalle obbligazioni, sono da osservarsi le seguenti, come proprie di questo contratto:

1. ambedue i contraenti possono, per cause legittime; recedere dal contratto: il conduttore se egli senza propria colpa non può far uso con sicurezza della cosa locata o per imminente rovina (*a*), o per invasione nemica (*b*), o per qualche altro fondato motivo (*c*): il locatore, se prova che la cosa locata sia indispensabile a lui, che sia necessario un ristauro che non soffre indugio, che il conduttore faccia un uso nocivo della cosa locata (*d*), o finalmente che la mercede sia restata insoluta per due anni (*e*);

(*i*) fr. 27 pr. D. eod.
(*k*) fr. 25 § 6 D. eod.
(*l*) fr. 15 § 2, 3, 5 D. eod.
(*m*) c. 8 C. IV, 65 hujus tit.
(*n*) fr. 15 § 4 D. eod. — c. 8 C. eod.
(*o*) c. 12 C. eod.
(*p*) Non osta il fr. 15 § 2 D. eod.—Confr. § 212 § 463.
(*a*) fr. 11 § 1, 4, fr. 13 § 3, fr. 25 § 3, fr. 29 D. XIX, 2 *Locati*.
(*b*) fr. 13 § 7 D. eod.
(*c*) fr. 24 § 2, fr. 30 § 1, 3 D. eod. Glück XVII, § 1057.
(*d*) c. 34 C. IV, 65 eod. Intorno le eccezioni competenti al conduttore, veggasi il § 506 I.
(*a*) fr. 25 § 2 D. XIX, 2 *Locat.* — fr. 28, fr. 33, D. XXXIX, 3 *de damno infecto*.
(*b*) fr. 13 § 7- fr. 27 § 1 D. XIX, 2 *Locat.*
(*c*) fr. 25 § 2, fr. 27 pr. D. eod.
(*d*) c. 3 C. IV, 65 *Locat.* Confr. fram. 30 pr. D. hujus tit.
(*e*) fr. 54 § 1, fr. 56 D. eod. — Si legge un'eccezione di questo principio nel framm. 10 § 1 D. XXXIX, 4 *de publican.*

2. cessa il contratto di locazione se il locatore trasferisce ad un terzo la cosa locata per un titolo singolare, in forza di cui il terzo ne diventi proprietario senza consegna, come nei legati, o mediante consegna, come nella compra-vendita; poichè il nuovo proprietario non è tenuto di rispettar la locazione se non fu pattuito il contrario (*f*). In egual modo neppure il conduttore è obbligato di continuare il contratto col nuovo successore singolare (*g*).

In qualunque modo cessi la locazione prima del tempo convenuto il conduttore può pretendere una proporzionata diminuzione della mercede, ed anche l'*id quod interest*, s'egli non può più approfittare della cosa per colpa del locatore (*h*).

§ 532.
Della locazione e conduzione di opere.

Le proprietà del contratto di locazione e conduzione di opere si possono, per la maggior parte, conoscere da ciò che abbiamo detto superiormente (§ 463 in principio) circa il danno accidentale; qui dunque noi tratteremo brevemente delle proprietà del contratto di locazione di una singola opera (*locatio conducti seu redemtio operis*).

1. Se fu commessa l'esecuzione di una singola opera, p. e. la fabbrica di una casa, sta a carico del committente come proprietario tanto il danno accidentale quanto quello che deriva dalla sfavorevole qualità del terreno, senza distinzione, se il materiale necessario venga somministrato dal committente stesso o no, poichè l'edifizio è una pertinenza del fondo (*a*); ma il danno derivante da un difetto dell'opera colpisce il conduttore (*b*), tranne se il committente avesse già approvata l'opera: si ritiene specialmente per una approvazione tacita, se egli prese in consegna la cosa, o tutta o in parte; senza farvi alcuna eccezione (*c*).

2. Il conduttore deve terminar l'opera a proprie spese (*d*), ed in guisa che sia senza difetti (*e*). S'egli ha preventivato spese minori di quelle che erano veramente necessarie, il committente, conosciuto l'errore, può recedere dal contratto (*f*). Finalmente, se il committente consegnò a qualcheduno una cosa fungibile, affinchè faccia una cosa nuova o con quello identico, o con altro materiale di egual quantità e qualità, in tal caso il materiale consegnato passa in proprietà dell'artefice, ed egli perciò ne porta anche il danno accidentale (*locatio conductio irregularis*) (*g*).

§ 533.
Azioni nascenti dalla locazione e conduzione, e l' interdictum de migrando.

Dal contratto di locazione e conduzione nascono due azioni dirette per l'adempimento delle obbligazioni re-

(*f*) fr. 25 § 1 D. h. t.— c. 9 C. h. t. — Hugo I, p. 100.

(*g*) fr. 32 D. h. t. Chi ha preso in conduzione qualche cosa dal fisco, non può perderne l'uso prima della scadenza del termine pattuito, fr. 50 D. XLIX, 14 *de jure fisci.*

(*h*) fr. 9 § 1, fr. 25 § 1, 2, fr. 32 D. h. t. — fr. 25 § 4 D. XXIV, 3 *Solut. matr.* e § 529.

(*a*) fr. 33 nelle parole « *quemadmodum* etc. » fr. 36, 59, 62 D. XIX, 2 *Locat.*

(*b*) fr. 62 D. eod.

(*c*) fr. 24 pr. in fine, fr. 36. fr. 37 D. eod.

(*d*) fr. 60 § 8 D. eod.

(*e*) fr. 51 § 1 D. eod. Confr. nota *b.*

(*f*) fr. 60 § 4 D. eod.

(*g*) fr. 31 D. eod. Conviene però notare che i Commendatori hanno diverse opinioni intorno a questo passo; così p.e. Mühlenbruch § 617 nota 3 è di un parere differente; ma veggasi intorno Glück XVII, p. 423-430 e fr. 35 pr. D. XXXIV, 2 *de auro argent. mund.*

ciproche, cioè pel locatore l'*actio locati*, e l'*actio conducti* pel conduttore (*a*). Inoltre è da notarsi anche l'*interdictum de migrando*, di cui si serve l'inquilino quando il locatore gli trattiene senza giusto motivo i mobili di sua ragione esistenti nello stabile locato (*invecta et illata*) (*b*).

§ 534.

3. *Società. — Sua nozione e spese.*

Il contratto di società (*societas*) (*a*) è un contratto consensuale, fra due o più persone, pel conseguimento di un fine comune e lecito (*b*); se nasce fra più persone, senza contratto una comunione, come se p. e. fu legata a molti la stessa cosa, allora si chiama comunione accidentale (*communio incidens*) (*c*).

Relativamente all'*oggetto*, la società

1. è una società di cose o di opere, secondo che l'oggetto del contratto consiste in cose, ovvero in prestazione di opere, (*d*); se fu promessa l'una e l'altra cosa, la società è mista (*e*). Se la proprietà delle cose contribuite diventa comune, ha luogo una così detta *societas sortis:* se poi n'è comune soltanto l'uso, allora si chiama *societas usus* (*f*).

2. Relativamente al *fine*, si distingue la società questuaria, e negoziatoria, e la società semplice, secondochè tende al guadagno, o ad un altro fine comune (*g*). Ma siccome guadagno (*quaestus*) chiamasi ciò che si può conseguire coll'attività degli uomini (*h*): così è chiaro che una società questuaria è veramente quella della quale si mette in comunione ciò che si guadagna dall'attività dei socii: e siccome la comunione si può riferire ad ogni guadagno (*i*), oppure ad una data specie (*k*), ovvero soltanto ad un singolo affare (*l*); così i giureconsulti distinguono società generali, speciali, e singolari.

3. Relativamente all'*estensione*: la società universale (*omnium bonorum*) nella quale è comune l'intiera sostanza ed ogni lucro e danno (*m*), si distingue dalla società particolare (*n*), alla quale appartiene la generale, la speciale, e la singolare.

In dubbio, milita la presunzione per una società generale, ma non per la universale (*o*), e perciò è comune soltanto ciò che i socii guadagnarono colla loro attività, ma non mai ciò, che acquistarono per mezzo di legati o donazioni (*p*).

§ 535.

Effetti del contratto di società. — A. Relativamente alle reciproche. — 1. comuni obbligazioni dei socii.

Gli effetti legali del contratto di società si riferiscono ai socii fra loro o agli estranei, e le reciproche obbligazioni dei socii sono in parte comuni a tutte le società, e in parte si riferiscono soltanto a certe specie delle medesime. Per ciò che risguarda,

1. gli effetti comuni, i socii devono contribuire le promesse porzioni, tanto se questi sono eguali per tutti,

(*a*) pr. *Inst.* III, 24 (25) *de locat.*
(*b*) D. XLIII, 32 *de migrando.*
(*a*) *Inst.* III, 25 (26) *de societate.* — D. XVII, 2 e C. IV, 37 *Pro socio* — Glück XV, p. 371.
(*b*) fr. 57 D. XVII, 2.
(*c*) fr. 25 § 15 D. X, 2 *Famil. ercisc.* — fr. 31, 33 D. XVII, 2.
(*d*) fr. 71 pr. D. eod.
(*e*) § 2 *Inst.* h. t. — c. 1 C. IV, 37, h. t.
(*f*) fr. 58 pr. D. h. t.
(*g*) fr. 52 § 6, 8, 13 D. h. t.
(*h*) fr. 8 D. h. t.
(*i*) fr. 71 § 1 D, h. t.
(*k*) fr. 6 pr. fr. 52 § 5 D, h. t.
(*l*) fr. 5 pr. D, h. t.
(*m*) fr. 1, § 1, fr. 3 § 1; fr. 52 § 16, fr. 73 D, h. t.
(*n*) fr. 5 pr. fr. 52 § 6 D. h. t.
(*o*) fr. 7 fr. 13 D, h. t.
(*p*) fr. 7-11, fr. 60 § 1, fr. 71 § 1 D, h. t. — fr. 45 § 2 D, XXIX, 2 *de adquir. vel om. hered.*

quanto se in eguali (*a*), e devono dividere fra loro il fatto guadagno (*b*). Inoltre l'amministratore del patrimonio comune deve render conto (*c*); e finalmente nei casi che la comunione vesta in tal qual modo il carattere di un rapporto tra fratelli, hanno i socii il beneficio del mantenimento necessario (§ 647). Questo rapporto fraterno viene sempre ammesso nella società universale de'beni, e nelle altre società deve decidere il pretore se abbia luogo un tale rapporto o no (*d*).

(*a*) fr. 5 § 1, fr. 29 pr. D. XVII, *Pro socio*.
(*b*) fr. 38 § 1 D. eod.
(*c*) fr. 9 pr. D. II, 13 *de edendo*.
(*d*) In questo modo si concilia il fr. 63 pr. D. XVII, col fr. 16 D XLII, 1 *de re judic*. Confronta l'*Arch. della Prat. civ.* II, 3 p. 343 e II, 2, n. 21 e 22.

§ 536.

2. *Obblighi dei socii secondo la diversità della società.*

I. La comunione universale dei beni (*societas omnium bonorum*) ha le seguenti particolarità. Dopo conchiusa la comunione, le cose proprie di ogni singolo socio diventano, anche senza consegna, proprietà comune (*a*); ma pei crediti è necessaria l'accessione (*b*) e ciò che un socio acquista in qualsiasi giusta maniera (*c*), dopo conchiusa la società (*d*), non diventa da per sè comproprietà comune, ma a tal uopo è necessaria la consegna (*e*). Ognuno può pretendere dal fondo comune ciò che gli è necessario per sè e per la sua famiglia (*f*), quantunque i socii non vi avessero egualmente contribuito (*g*); dal che segue che dal fondo comune possono venir pagati non solo i debiti durante la società, ma benanche i debiti anteriori (*h*). Ma se un socio fu condannato ad una pena pecuniaria per furto o per qualche altro trascorso, gli altri socii sono obbligati solamente nel caso che abbiano tratto scientemente profitto dal trascorso commesso, poichè è giusto che chi partecipa del guadagno, partecipi anche del danno; in caso contrario si deve restituire soltanto ciò che entrò nel fondo comune pel delitto del socio, e s'egli prese qualche cosa da questo fondo per pagare la multa addossatagli, deve farne la restituzione al termine della società (*i*).

Finalmente, finita la società, viene tosto divisa la sostanza comune in parti eguali senza riguardo all'importo contribuito da ogni singolo socio (*k*).

II. Nelle altre specie di società devono i soci rifondere le spese necessarie ed utili fatte da qualcheduno di essi per comune vantaggio (*l*), come pure il danno accidentale da lui sofferto nelle cose proprie per causa della società (*m*), e dividere lucro e perdita in proporzione di quanto ognuno ha contribuito (*n*): tuttavia anche intorno a ciò si può patteggiare diversamente, p. e. che uno ottenga due

(*a*) fr. 1 § 1, fr. 2 D, XVII, 2 *Pro socio*. In una società particolare la comunione nasce soltanto dopo seguita la consegna, fr. 58 § 1 D. eod.
(*b*) fr. 3 pr. D. eod.
(*c*) fr. 52 § 17, fr. 53, fr. 54 D. eod. — Il fr. 53 suona come segue: « *Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri, palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. Plane si in medium collata sint, commune erit lucrum*.
(*d*) fr. 3 § 1, fr. 52 § 16, fr. 73 pr. D eod.
(*e*) fr. 73, fr. 74 D, eod.
(*f*) fr. 7, 3, D, eod.
(*g*) fr. 5 § 1 D, eod.
(*h*) fr. 27 D, eod. — Mühlenbruch III, § 673, c. 14 Confr. anche arg. fram. 39 § 3 D. X, 2 *Famil. ercisc*. — fr. 39 § 1 D, L, 6 *de verb. sign*.
(*i*) fr. 52 § ult. fr. 55, 56 e 59 § 1 D. XVII, 2.
(*k*) Voet *Comm. ad Pand*. h. t. n. 27.
(*l*) fr. 38 § 1, fr. 52 § 15, fr. 67 § 2 D. eod.
(*m*) fr. 52 § 4, fr. 60 § 1, fr. 61 D, eod.
(*n*) fr. 6, fr. 50 D, eod. In dubbio si suppone che i socii abbiano contribuito eguali porzioni, fr. 29 pr. D, eod.

parti, ed un altro una sola, purchè quello abbia contribuito una somma un po' maggiore di danaro, od impiegato più lavoro e fatica o per qualche altra cagione (*o*).

Ma non può valer come contratto di società quella convenzione in cui uno debba percepire il guadagno e l'altro portare il danno, la qual convenzione si suol chiamare *società leonina* (*p*); neppure in causa di donazione si può contrarre validamente una società, per cui quegli che non contribuì nulla, debba acquistare una parte di lucro (*q*); soltanto dopo la nuova legislazione di Giustiniano valgono ambedue queste specie come donazioni purchè non abbia avuto luogo dolo (*r*).

Se uno contribuì delle cose, e l'altro dei lavori, devono e le une e gli altri essere stimati; ma le cose restano in esclusiva proprietà del contribuente, e perciò se perirono per caso, il danno sta a carico di lui solo (*s*).

Da questo contratto nasce l'*actio pro socio*, la quale è per ogni socio un'azione diretta per l'adempimento delle obbligazioni per parte degli altri (*t*); ma se si tratta della division di cose comuni, si deve intentare l'*actio communi dividundo* (*u*).

(*o*) § 1 *Inst.* III, 25 (26) Comb. col fr. 29 pr. D, eod.
(*p*) fr. 29 § 2 D, eod.
(*q*) fr. 5 § 2 D, eod. — fram. 16 § 1 D, IV, 4 *de minor.* — fr. 32 § 24 D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.*
(*r*) c. 35 § ult. C. VIII, 54 *de don.* — Glück XV p. 403.
(*s*) fr. 52 § 2 D. XVII, 2 h. t. — § 2 *Inst.* III, 25(26). Se taluno prestò servigi non come socio, ma come fattore, esso non ritrae alcun vantaggio oltre la sua mercede, ma non risente dall'altro canto alcun danno.
(*t*) § 2 *Inst.* IV, 16 *de poen. temere litig.* — fr. 65 pr. 8, 15 D, h. t.
(*u*) fr. 43 D, eod. — fr. 1, 2 pr. D, X, 3 *Comm. div.*

§ 537.

B. *Effetti del contratto di società relativamente agli estranei* (*a*).

I socii in causa di un affare conchiuso da uno di essi con un estraneo possono:

I. impetire l'estraneo, ma, di regola, ciascuno soltanto *pro rata*, se la società è universale, o se chi fece l'affare era munito di mandato, o benchè abbia agito senza mandato, se seguì l'approvazione della società (*b*). Se non vi ha alcuno di questi casi, il diritto d'impetire compete soltanto a quello che fece il contratto; gli altri socii possono però domandare che egli divida con essi il guadagno (*c*).

II. i socii possono poi essere impetiti se tutti intervennero alla conclusion dell'affare, o se questo ridonda in loro vantaggio, o se essi diedero a chi agì una regolare procura; in ambedue i primi casi sono soltanto obbligati a prestare la proporzionata loro quota (*d*); nell'ultimo sono tutti obbligati solidariamente (*in solidum*) (*e*).

§ 538.

Fine della società.

I modi con cui si scioglie il contratto di società, sono i seguenti:

I. La morte naturale, o civile, anche di un solo socio (*a*), tranne se fosse stato pattuito altrimenti, perchè chi fa un contratto di società, ha ri-

(*a*) W. A. Lauterbach *de sociorum oblig., quae oritur ex convenctione cum tertio inita*, Tubing. 1668.
(*b*) Glück XV, p. 462.
(*c*) fr. 67 § 1, fr. 74 D, XVII, 2 *Pro socio.*
(*d*) fr. 4 pr. D, XIV, 1 *de exercit. act.* — fr. 44 § 1 D, XXI, 1 *de aedil. edict.* — fr. 82 D. XVII, 2 h. t. — arg. fr. 10 § 4, fr. 13 D. XV, 3 *de in rem verso.*
(*e*) fr. 4 § 1 D, XIV, 1 *de exercit. act.* — fr. 13 § 2, fr. 14 D, XIV, 3 *de inst. act.*
(*a*) fr. 4 § 1, fr. 63 § 10 D, XVII, 2 *Pro socio.*

guardo in ciò ad una determinata persona; pel guadagno derivato in seguito dalle cose comuni, come pure pel dolo e la colpa, in ciò che dipende da affari conchiusi prima, risponde tanto l'erede alla società, quanto la società all'erede (*b*). Anzi l'erede non è obbligato a continuare la società neppure nel caso che sia stata conchiusa in perpetuo (*c*).

II. Il concorso sopra la facoltà di un socio (*d*), tranne s'egli avesse contribuito soltanto la sua opera (*e*.)

III. La rinunzia espressa o tacita (*f*) di un socio, quantunque la società fosse fatta per sempre (*g*), poichè i romani riguardavano la società come una fonte di discordie (*h*), e perciò nessuno veniva obbligato a restarvi suo malgrado (*i*). Ma se uno vi rinunziava dolosamente a fine di conseguire egli solo un imminente guadagno, p. e. se una società di tutti i beni, un socio cui fosse delata una eredità, rinunziasse alla società colla intenzione di conseguire egli solo la eredità, esso viene obbligato a dividere questo guadagno; che se non ne avesse che danno, dovrebbe soffrirlo egli solo (*k*).

Se fu disdetta la società ad un assente, finchè questi ne riceva la notizia, chi diede la disdetta deve conferir nel fondo comune tutto ciò ch'egli acquista, e sta a solo suo carico il danno; all'incontro ciò che acquistò l'assente, spettava lui solo, ed il danno ad esso avvenuto è comune ad ambedue (*l*).

Chi rinunzia alla società intempestivamente, cioè in un tempo in cui importava al socio che non venisse rinunziata, come p. e. se qualcheduno si ritira prima dell'epoca stabilita libera bensì il socio da ogni obbligazione verso sè stesso, ma non sè stesso verso il socio. E perciò se vi fu un guadagno posteriormente, egli non vi ha parte; ma se emerse un danno, deve portarne la proporzionata sua quota tanto prima, che dopo; tranne se la rinunzia fu fatta per necessità (*m*).

§ 539.

4 *Del contratto di mandato, e delle sue specie* (*a*).

Il mandato (*mandatum*) è un contratto consensuale, con cui qualcheduno si assume di trattare gratuitamente gli affari di un terzo, che ne lo abbia incaricato (*b*). Il committente si appella mandante (*mandans*), il commesso mandatario (*mandatarius*), e segnatamente in affari giudiziali *procuratore* (*c*).

I. In questo contratto vi ha l'incarico di eseguire qualche cosa, e perciò esso differisce dalla gestione di affari senza mandato (§ 581).

II. L'esecuzione dell'affare viene assunta gratuitamente, e in ciò questo contratto si distingue dalla locazione e conduzione di opere, e dai con-

(*b*) fr. 65 § 9 D. eod. — § 5 *Inst.* III, 25 (26) *de societ.* — fr. 35, fr. 36, fr. 63 § 8 D. eod.
(*c*) fr. 1, fr. 70, fr. 52 § 9, fr. 59 pr. D, eod.
(*d*) § 7, 8 *Inst.* h. t. — fr. 65 § 1 D. eod.
(*e*) Voet *Comm. ad Pand.* h. t. n. 26.
(*f*) fr. 64 D, eod.
(*g*) fr. 14, fr. 70 D. eod.
(*h*) fr. 26 D. VIII, 2 *de serv. praed. urb.* — fr. 77 § 20 D, *de legat.* II.
(*i*) c 5 C. III, 37 *Communi div.*
(*k*) § 4 *Inst.* III, 25 (26) *de societ.* — fr. 65 § 3, 4 D, XVII, 2 h. t.
(*l*) fr. 17 § 1 D, eod.
(*m*) fr. 65 § 6 Confr. anche il § 5 D, eod. — fr. 14-16, fr. 17 § 2 D, eod.
(*a*) *Inst.* III, 26 (27) *De mandato.* — D. XVII, e. C. IV, 35 *Mandati vel contra.* — Aug. Buchner, *Saggio di una teoria del mandato secondo il Dir. rom.*, Landshut 1809, — Gluck XV, p. 239-370.
(*b*) § 1 e 13 *Inst.* hujus tit. — fr. 1 pr. § 4 D. hujus tit.
(*c*) § 1 *Inst.* IV, 10 *De iis, per quos agere poss.*

tratti innominati (*d*). Se dopo terminato l'affare vien dato al mandatario un onorario, ciò non cambia la natura del contratto (*e*), come se dopo conchiuso si prometta un onorario; in questo caso pér ottenerlo è necessaria una straordinaria trattazione innanzi al preside della provincia (*f*).

III. Si possono commettere soltanto affari leciti ed onesti (*g*), che risguardino il mandante ed un terzo (*h*); poichè se fu commessa qualche cosa in vantaggio soltanto del mandatario (*mandatum tua gratia*), ciò sarebbe un consiglio piuttosto che un mandato (*i*).

IV. Il mandato differisce dal comando (*jussus*), che dà il padrone allo schiavo, o il padre al figlio di famiglia (*k*), dal consiglio (*consilium*), e dalla raccomandazione (*commendatio*) equivalente al consiglio, mentre nessuno resta obbligato in dipendenza di un consiglio ricevuto, perchè è libero ad ognuno di riflettere se il consiglio gli sia utile (*l*): tranne se, chi diede il consiglio avesse agito dolosamente (*m*), ovvero se avesse prestata cauzione per ogni possibile danno, e l'altro l'avesse accettata (*n*). Ma siccome un mandato che favorisca il solo mandatario si chiama nei nostri fonti, *consiglio*, ed ad esso viene equiparato (n. I. di questo §), e siccome perciò valer deve nel consiglio ciò che troviamo dalle leggi ordinato pel *mandatum tua gratia* (*o*); così sembra doversi aggiungere ancora i seguenti due casi, in cui chi dà il consiglio è responsabile per le conseguenze del medesimo:

1. se il terzo senza il consiglio non avrebbe intrapreso l'affare, ovvero
2. se interessava a quello che diede il consiglio che questo venisse eseguito; sebbene in questo caso non si possa più dire che sussista un semplice consiglio, mentre ha luogo un vero mandato (*p*).

Se il mandatario tratta l'affare bensì in nome del mandante, ma soltanto pel proprio vantaggio allora si chiama questo un *mandatum in rem suam:* in tutti gli altri casi il mandato è un *mandatum in rem alienam* (*q*). Noi qui trattiamo soltanto di quest'ultima specie riservandoci a trattare della prima nei § 640-644.

Se al mandato va congiunta una fidejussione, vi ha un *mandato qualificato*, e il mandante si chiama in ispecie *mandator* (§ 626); in tutti gli altri casi il contratto si chiama *mandato semplice*.

Il mandato è inoltre universale se si riferisce a tutti gli affari del man-

(*d*) Gaji III, § 162 — § 13 *Inst.* h. t. — fr. 1 § 4 D. h. t.

(*e*) fr. 6 pr. D. h. t.

(*f*) fr. 7, fr. 56 § 3 D. h. t. — c. 1 C. IV, 35. Di opinion alquanto diversa è Kaufmann ne'suoi *Trattati sulle obbligazioni e i contratti* dietro A. F. Treudelenburg *de honorario ejusque a mercede discrimine*. Si confronti però Glück XV, pag. 286-291. Si chiama onorario la mercede che si dà per opere liberali. Confr. D, L, 13 *de extraordin. cognit.* col § 551.

(*g*) § 7 *Inst.* h. t. — fr. 6 § 3, fr. 12 § 11, fr. 22 § 6 D. h. t.

(*h*) § 1-5 *Inst.* h. t. fr. 2 § 1-5, fr. 6 § 6 D. h. t.

(*i*) § 6 *Inst.* h. t. — fr. 2 pr. D. h. t.

(*k*) tit. D. XV, 4 *Quod jussu*.

(*l*) § 6 *Inst.* h. t. — fr. 2 § 6, fr. 12 § 12 D. h. t. — fram. 2 D. L, 14 *de proxenet.* Neustetel nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 1, p. 39 intorno *alla responsabilità di chi dà consigli*, ed intorno al così detto *mandatum in gratiam mandatarii*.

(*m*) fr. 7 § 10, fr. 8. fr. 31 D. IV, 3 *de dolo malo* — fr. 47 pr. D. L, 17 *de reg. jur.*

(*n*) Neustetel p. 50. In simile caso non è necessario di distinguere ulteriormente se l'altra parte senza il consiglio avrebbe o no intrapreso l'affare a lei dannoso, come sostiene Thibaut nei suoi *Saggi* I, 8 per analogia del fr. 6 § 5 D. h. t. Vedi ciò che osserva in contrario Gesterding *Supplementi alla dottrina del mandato*, nei suoi *Errori antichi e nuovi della Giurisprudenza* p. 197 e Neustetel in fine.

(*o*) Hepp nell'*Arch. della Prat. civ.* XI, 1, p. 42 *Sugli effetti giuridici del consiglio e della raccomandazione*.

(*p*) fr. 6 § 5 D. h. t. — § 6 *Inst.* h. t.

(*q*) fr. 8 § 10 D. h. t.

dante (*r*), generale se si riferisce ad una intera specie di affari del mandante (*s*), e finalmente speciale, se ha per oggetto soltanto un singolo affare (*t*).

Per ultimo si distingue ancora un mandato giudiziale e stragiudiziale, e ciò in doppio senso cioè secondochè vengono commessi affari giudiziali o stragiudiziali (*u*), o secondochè il mandato viene lasciato in giudizio o fuori.

Il mandato si può dare, come ogni altro contratto, espressamente e tacitamente (*v*); è da osservar soltanto che in affari giudiziali il mandato viene anche talvolta supposto, finchè consti il contrario (*x*), ciò che ha luogo fra i discendenti ed ascendenti maschili tra fratelli ed affini (*y*), come pure trattandosi del marito della parte litigante (*z*).

§ 540.
Obblighi del mandatario verso il mandante.

Il mandatario deve:

1. condurre a termine l'affare intrapreso (*a*), e tenersi entro i limiti del mandato. S'egli operò qualche cosa senza averne avuto l'incarico, è da riguardarsi come un amministratore senza mandato (*negotiorum gestor*). S'esso agì direttamente contro il mandato, non gli compete azione veruna per le spese da lui sostenute, ma gli spetta soltanto il diritto di ritenzione (*b*), nè il mandante resta in tal caso obbligato dal fatto del mandatario (§ 542); chè anzi questi deve risarcirlo di ogni danno cagionatogli colla trasgressione del mandato (*c*);

2. il mandatario può anche sostituire un altro in sua vece, ma in affari giudiziali non lo può prima della contestazione di lite (*d*). Esso è d'altronde responsabile per le conseguenze di una scelta imprudente (*e*);

3. è tenuto a soffrire il danno accidentale avvenutogli nell'esecuzion dell'affare (*f*). Finalmente egli deve

4. render conto dello stesso scosso ed uscito (*g*), e consegnare tutto ciò che acquistò col mandato (*h*).

Il mandante può instare per l'adempimento di queste obbligazioni coll'*actio mandati directa*, e se vi sono più mandatarii, sono tutti responsabili *in solidum* (*i*).

§ 541.
Obblighi del mandante verso il mandatario.

Il mandante deve:

1. rifonder le spese fatte in buona fede per l'esecuzion del mandato, nè importa che il mandante avesse potuto spendere meno se avesse eseguito l'affare in propria persona; esso deve del pari pagare le spese, quantunque il mandatario non abbia po-

(*r*) fr. 5 § 6 D. h. t. — fr. 12 D. II, 14 *de pact.* — fr. 1 § 1, fr. 63 D. III, 3 *de procurat.* — fr. 17 § 3 D. XII, 2 *de jurejur.* — fr. 12 pr. D, XLVI, 3 *de solut.*

(*s*) fr. 60 D. III, 3 *de procurat.*

(*t*) fr. 1 § 1 D, III, 3 — fr. 17 § 3 D. XII, 2 *De jurejur* — fr. 12 pr. D, XLVI, 3 *de solut.*

(*u*) fr. 33 pr. § 1, fr. 43 pr. D, III, 3 *de procur.*

(*v*) fr. 6 § 2, fr. 18, fr. 53 D, h. t.

(*x*) fr. 40 § 4 D, III, 3.

(*y*) fr. 35 pr. D, III, 3.

(*z*) c. 21 C. II, 13 *de procur.*

(*a*) § 1 *Inst.* III, 26 (27) — fr. 5 § 1 D, XVII, 1, h. t.

(*b*) § 8 *Inst.* h. t. — fr. 3 § 2, fr. 4, fr. 5 pr. § 3, 5, fr. 33 D, h. t. — c. 24, C. II, 19 *de negot. gest.* — Confr. anche il fr. 31 § 4 D, III, 5 *de negot. gest.* Thibaut § 867.

(*c*) fr. 41 D, h. t.

(*d*) fr. 8 § 3 D, h. t. — Thibaut *Saggi* II. n. 6.

(*e*) arg. fr. 21 § 3 D. III, 5 *de negot. gest.* — fr. 2 § 1 D, XI, 6 *Si mensor fals. mod. dix*, — fr. 50 D, XXVI, 7 *de administr. et peric. tut.*

(*f*) fr. 26 § 6 D, h. t.

(*g*) fr. 46 § 4 D, III, 3 *de procur.*

(*h*) fr. 10 § 2, 3, 8, 9, fr. 20 pr. D, VII, 1 h. t.

(*i*) fr. 8 § 6 D, h. t. — fr. 60 § 2 D. eod.

tuto (e ciò senza sua colpa) esguire il mandato (*a*);

2. egli deve liberare il mandatario dalle obbligazioni incontrate in forza del mandato (*b*).

Al mandatario compete contro il mandante l'*actio mandati contraria*, e contra più mandanti la detta azione *in solidum* (*c*); ma abbiamo già altrove osservato (§ 539 II) ch'egli con quest'azione, non può ripetere neppure l'onorario promesso dopo conchiuso il contratto.

§ 542.
Effetti del mandato relativamente a terze persone.

Secondo il Diritto nuovo (*a*), il mandante in dipendenza di un affare conchiuso dal suo mandatario con un terzo entro i limiti del mandato può impetire il terzo, come altresì venire da lui impetito, sempre per altro con un'azione utile (*b*).

Anche il mandatario può proporre l'azione, tranne s'egli non avesse a ciò procura, nel qual caso potrebbe venire respinto coll'*exceptio doli* (*c*), Anche il terzo può impetire il mandatario finchè non sia sciolto il mandato, ed in quanto il mandatario abbia in mano ancor qualche cosa del mandante (*d*); ma questa azione non ha più luogo dopo sciolto il mandato, tranne se il mandatario avesse contratto il nome proprio, od avesse prestata fidejussione pel mandante (*e*), o

(*a*) fr. 27 § 4, fr. 56 § 4 D, XVII, 1 *Mandati vel contra*. Confr. anche fr. 10 § 9, 10 fr. 12 § 9 D. eod.
(*b*) fr. 45 pr. § 2-5 D, eod.
(*c*) fr. 12 § 7, fr. 59 § 3 D. eod.
(*a*) Intorno al Diritto antico Confr. il principio stabilito al § 499 e Günther *Princ. jur. civ.* § 1006.
(*b*) fr. 68 D, III, 3 *de procur.* — fr. 13 § 25 D, XIX, 1 *de act. emt.*
(*c*) fr. 28 D. III, 3 *de procur.* Confr. col fr. 16 pr. D. II, 14 *de pact.*
(*d*) arg. fr. 7 § 1 D, XIV, 3 *de instit. act.* — fr. 7 § 11 D, XIV, 6 *de senatuscons. Maccd.*
(*e*) fr. 76 D, III, 3 *de procur.*

finalmente avesse oltrepassati i limiti del mandato (*f*).

§ 543.
Termine del mandato.

Il mandato si scioglie per le seguenti cause sue proprie:

1. per la morte del mandante (*a*), tranne se fosse stata ordinata qualche cosa, la quale non si potesse eseguire che dopo la morte del medesimo (*b*). Ogni altro affare conchiuso dal mandatario dopo la morte del mandante è inefficace (*c*): solo è valida la consegna di una cosa, che taluno avea ordinato di consegnare ad un terzo, se il mandatario ne seguì la consegna prima di aver avuto notizia della morte del mandante (*d*). Anche i debitori che pagarono ignorando la morte dal mandante restano liberati dal debito (*e*); in egual modo il mandatario che seguì un affare dopo la morte del mandante senza averne avuto notizia può ripetere il compenso delle spese fatte pel medesimo (*f*);

2. per la morte del mandatario (*g*); ma i diritti già acquistati dal mandatario verso il mandante per l'esecuzione di qualche affare passano sempre agli eredi (*h*);

3. per la rivocazione, del mandan-

(*f*) fr. 6 § 1, 2 D, XII, 6 *de condict. indeb.* — fr. 1 § 9 D, XV, 4 *Quod jussu*. Confronta Gensler nell'*Arch. della Prat. civ.* I, 3, p. 393.
(*a*) fr. 26 pr. D. XVII, 1 *Mandat.* - c. 15 C. IV, 35 eod.
(*b*) fr. 12 § 17, fr. 13, 27 § 1 D h. t. — Gaji III § 158. Non fa obice il fr. 108, D, XLVI, 3 *de solut.* — Confr. specialmente Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* IV, 2, p. 233 intorno l'incarico da eseguirsi dopo la morte del mandante.
(*c*) fr. 41 D, XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 15 § 1 D, XL. 9 *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.*
(*d*) fr. 33 D. XLI, 2 *de adquir. vel. omitt. poss.*
(*e*) fr. 26 § 1 D. XVII, 1 h. t. — fr. 32 D, XLVI 3 *de solut.*
(*f*) § 10 *Inst.* h. t. — fr. 26 pr. fram. 58 pr. D. h. t.
(*g*) § 10 *Inst.* h. t. — fr. 27 § 3, fr. 57 D, h. t.
(*h*) fr. 14 pr. § 1, fr. 27 § 3 D. h. t.

te (*i*). Se il mandatario eseguì l'affare ad onta della seguita rivocazione, l'affare è bensì sempre inefficace (*k*), ma i debitori che ignorando la rivocazione pagarono il mandatario restano liberati dal debito (*l*), ed anche il mandante rimane obbligato verso il mandatario se questi quando seguì la revocazione avea già seguito il mandato (*m*);

4. per la rinunzia del mandatario, il quale tuttavia prestar deve al mandante l'*id quod interest*: poichè se la rinunzia non si fa a tempo in guisa che il mandante non venga impedito di eseguire da per sè l'affare, ha luogo l'*actio mandati*, a meno che per qualche cosa legittima il mandatario abbia tralasciato di rinunziare in genere, o di rinunziare a tempo (*n*).

SEZIONE II.

Dei patti.

§ 544.

Divisione dei patti.

Dai patti non sorgeva in origine alcun'azione (§ 502); in appresso alcuni di essi produssero bensì a poco a poco un'azione, ma non entrarono tuttavia nel novero dei contratti, il quale i Romani ritenevano già per completo. Da ciò nacque la distinzione fra patti nudi (*pacta nuda*) (*a*) e non nudi (*non nuda, vestita*), cioè quelli da cui nasce un'azione. I primi ritennero la loro primitiva natura (§ 457, *b*), i secondi produssero, non altrimenti che i contratti, un'azione. I pretori furono i primi che accordarono un'azione ad alcuni patti nudi (*pacta praetoria*); altri patti la acquistarono in forza di costituzioni imperiali (*pacta legittima*); finalmente invalse probabilmente per opera dei giureconsulti, la massima che se ad un contratto di buona fede fosse stato aggiunto incontinente un patto (*pactum*) che non contraddica alla essenza del contratto, nasca da un tal patto la stessa azione prodotta dal contratto (*b*) (*pacta adjecta*). Quei patti adunque che s'aggiungon ad un contratto di stretto diritto, o bensì ad un contratto di buona fede, ma non incontinente e soltanto dopo un intervallo, non producono azione alcuna (*c*). Se poi fu aggiunto qualche cosa di contrario all'essenza del contratto, in tal caso o è invalido tutto l'affare (*d*), o è inefficace soltanto il patto aggiunto (confr. § 507, *g*, § 513, *h*, § 538 *n*,) o il patto produce un'azione (§ 545), o finalmente l'affar principale viene commutato o prende un'altra natura (§ 536 *p*, *q*).

Circa i patti nudi, oltre a ciò che abbiamo detto, non abbiamo nulla ad aggiungere; e perciò tratteremo soltanto dei patti non nudi.

A patti che si chiamano legittimi (*pacta legittima*) appartengono alcuni patti feneratizii (*pacta usuraria*), il compromesso, la donazione, e i patti nuziali. Ai patti che acquistano dal pretore un'azione appartiene il *pactum de jurejurando*, il *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, il *pactum hypothecae*, ed il *constitutum*. Ma siccome ambedue questi ultimi patti sono strettamente congiunti con altre teorie, così trattere-

(*i*) § 9 *Inst.* h. t.
(*k*) fr. 4 pr. D, XL, 2 *de manumiss. vindicta.* — fr. 41 D, XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 7 D. XXIV, 2 *de divort.*
(*l*) fr. 12 § 2, fr. 34 § 3, fr. 51 D, XLVI, 3 *De solut.*
(*m*) fr. 15 D. h. t.
(*n*) § 11 *Inst.* h. t. Confr. anche il fr. 22 § 11, fr. 23, 25, 27 § 2 D, h. t.
(*a*) fr. 7 § 4 D, II, 14 *de pact.*
(*b*) fr. 7 § 5 D. eod. — c. 13 C. II, 3 *de pactis.*
(*c*) fr. 7 § 5 D. eod. — fr. 40 D, XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 72 pr. D, XVIII, 1 *de contr. emt.*
(*d*) fr. 31 D, XLIV, 7 *de oblig. et act.*

mo di essi più sotto (§ 627 e 632). I patti aggiunti (*pacta adjecta*) vengono per la maggior parte apposti al contratto di compra e di pegno, e di quelli che sogliono aggiungersi al contratto di pegno tratteremo parimenti in appresso (§ 629-632).

TITOLO I.

Dei patti legittimi.

§ 545.

I. *Dei patti feneratizii.*

I patti feneratizii (*pacta usuraria*), quantunque non conchiusi mediante stipulazione (§ 504), producevano un'azione nei seguenti casi:

1. se trattavasi di un mutuo consistente in grani (*a*);
2. o di un mutuo in denaro dato da città (*b*);
3. se il mutuo consisteva in danaro da spedirsi oltre mare (*pecunia trajectitia*), ed il creditore si assoggettava al rischio durante la navigazione (*c*), nel qual caso egli si poteva stipulare durante il tempo del tragitto il 12 per cento (*nauticum foenus*) (*d*). La stessa disposizione di legge ha luogo non solo quando si tratta di una navigazione marittima, ma eziandio quando il creditore in qualunque altra pericolosa occasione si sottomette al rischio; come se, per esempio, ad un pescatore che abbia bisogno d'istrumenti per la pesca si dia in mutuo danaro colla condizione ch'esso lo debba restituire solo nel caso che faccia preda, ovvero se ad un atleta si mutua danaro pel suo mantenimento e pei suoi corporali esercizj sotto la condizione ch'egli lo debba restituire solo nel caso che vinca (*e*).

(*a*) c. 12 C. IV, 32 *de usur.*
(*b*) fr. 30 D, XXII, 1 *de usur.*
(*c*) fr. 1, 4 pr. D, XXII, 2 *de nautic. foenor.* M H. Hudtwalker *de foen naut. rom.* Hamb. 1810.
(*d*) fr. 4 pr., fr. 5 D. XXII, 2 — c. 2 C. IV, 33 *de nautico foenore* — c. 26 C. IV, 32 *de usur.*
(*e*) fr. 5 D, XXII, 2 — Confr. Gluk XXI, p. 153-167.

§ 546.

II. *Del compromesso.*

Il compromesso (*compromissum*) (*a*) ha luogo quando i contraenti vogliono terminare una quistione mediante un arbitrio (*b*), ed affinchè questo patto abbia efficacia devono conchiudere una convenzione anche coll'arbitro, in cui questi si assume l'obbligo di decidere la vertenza a lui affidata (*receptum, scilicet arbitrii*) (*c*), e quantunque non nasca da ciò un'azione, tuttavia si può implorare l'ajuto del pretore ond'egli costringa l'arbitro a pronunziare la sua decisione (*d*).

I. Tutti quelli che hanno diritto di transigere possono anche fare un compromesso circa tutti gli oggetti, su cui ha luogo una transazione (§ 638) (*e*).

II. Ognuno che non ne sia escluso per la natura della cosa o per legge può assumere l'officio di arbitro. Per legge ne sono esclusi: gli schiavi (*f*), le donne (*g*), i magistrati superiori, e gl'inferiori, se ne compete loro la decisione secondo il Diritto comune (*h*), i giovani sotto i 18 anni; i giovani che hanno già compiuti 18 anni, ma

(*a*) D. IV, 8 *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* — C. II, 56 *De receptis arbitris.* J. P. Bucher *Diss. de compromissi, recepti et laudi qualit. et effect.* Rintel 1797.
(*b*) fr. 1, fr. 27 § 2 D, IV, 8 *de recept.*
(*c*) fr. 3 § 1, fr. 13 § 2 D. eod.
(*d*) fr. 3 § 1, 3, fr. 15, fr. 32 § 12 D, eod. Alcuni, come p. e. Mackeldey § 439, sono d'avviso, che abbia luogo l'*actio in factum* di un contratto pretorio, ed altri come Muhlenbruch un'*actio mandati directa ex recepto*. Ma si confr. fr. 15, fr. 32 § 12.
(*e*) fr. 32 § 6 fr. D, eod.
(*f*) fr. 7 pr. § 1 D, eod.
(*g*) c. ult. C. II, 56 eod.
(*h*) fr. 3 § 3, fr. 4, 9 § 2 D, eod.

non peranco i 20, sono incapaci nel caso che i compromittenti non avessero avuto cognizione di tale età, poichè in tal caso è loro permesso di recedere dalla loro nomina (*i*).

III. L'arbitro deve esaminare debitamente la questione sottopostagli e decidere. Ma se il compromesso fu conchiuso senza fissare un tempo, è necessario che l'arbitro col consenso d'ambe le parti stabilisca un termine per l'emanazione della sua sentenza; e che in conseguenza esamini la cosa; in caso poi ch'egli trascuri tutto ciò, può venir costretto in ogni momento a dare la sua decisione (*k*). Ma quantunque il pretore dichiari di costringere l'arbitro ad emettere la sua sentenza, deve talvolta aver con lui dei riguardi, e dopo un'esamina delle circostanze ammettere le sue discolpe; per esempio, s'egli fu dichiarato infame dalle parti, o se ebbero luogo mortali inimicizie fra lui e le parti litiganti, od una di esse, ovvero se viene impedito dall'età avanzata, o da fisica indisposizione manifestatasi in lui posteriormente, o da occupazioni proprie, o da un viaggio pressante, e da qualche affare di Stato; anzi anche nel caso che, dopo essersi assunta la decisione, gli sia sopravvenuta qualche altra incomodità, deve il pretore ritenerlo per iscusato (*l*), e così pure se le parti con disprezzo della sua autorità sieno ricorse al giudice ordinario, ovvero ad un altro arbitro, ma poi tosto ritornate da lui (*m*).

Nell'esame della causa dev'egli osservare la procedura prescritta nella convenzione, ovvero la giudiziale, se nulla fu stabilito (*n*). Se furono più che assunsero l'incarico di arbitri, non si può costringere un solo a dar la sua decisione, ma o si devono costringere tutti o nessuno (*o*), tranne se il compromesso fosse stato in maniera che la decisione dovesse farsi, per esempio, secondo il parere di Tizio o di Sejo; nel qual caso deve fare la sentenza quegli che fu dalle parti concordemente stabilito (*p*).

Se fra più arbitri vi è discordanza di pareri, a disparità di voti prevale il giudizio della maggior parte; se i voti poi sono pari in numero, ma discrepanti soltanto nella quantità da prestarsi, prevale il giudizio di quelli, che opinano per la quantità minore (*q*); ma se sono discordi nella cosa principale, deve decidere un nuovo arbitro (*superarbiter*) (*r*) eletto dalle parti (*s*). Se una tale scelta non fu già fatta, deve il pretore costringere gli arbitri che sono di opinione discorde, a scegliere una terza determinata persona, la cui decisione aver debba il pieno suo effetto (*t*).

IV. Le parti litiganti devono eseguire la sentenza dell'arbitro (*arbitrium laudum*).

Se il compromesso fu conchiuso mediante una stipulazione, se nasce l'*actio ex stipulatu* (*u*); ma se fu conchiuso nella forma di un patto nudo, la sentenza arbitramentale pro-

(*i*) fr. 41 D, eod. — fram. 57 D, XLII, 1 *de re jud.*

(*k*) fr. 14 D, IV, 8 *de recept.* Confr. anche fr. 21 § 5, fr. 25 § 1, fr. 32 § 21, fr. 50 D, eod.

(*l*) fr. 15, 16 pr. D, eod.

(*m*) fr. 9 § ult, fr. 10, fr. 11 pr. D, eod.

(*n*) fr. 1, fr. 32 § 11 D. eod.

(*o*) fr. 17 § 2 Confr. anche fr. 17 § 7, fr. 18 D, eod.

(*p*) fr. 17 § 4 D, eod. Confr. anche fr. 8 C. eod.

(*q*) fr. 17 § 6, 7, fr. 27 § 3 D, eod.

(*r*) fr. 17 § 6 D. eod.

(*s*) fr. 17 § 5, 6 D. eod.

(*t*) fr. 17 § 6 D. eod. Confr fr. 17 § 5 D. eod. « *Si in duos fuerit sic compromissum, ut, si dissentiam, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam et in assumendo possunt dissentire. Sed si ita sit, ut eis tertius assumeretur Sempronius, valet compromissum, quoniam in assumendo dissentire non possunt.* »

(*u*) fr. 2, fr. 38 D, eod. — c. 3 C. II, 56 eod.

duce soltanto un'eccezione (*v*); ma in virtù di una nuova costituzione di Giustiniano anche da un patto nudo nasce un'*actio in factum*, se le parti sottoscrissero la sentenza, e l'approvarono col silenzio di 10 giorni (*arbitrium homologantum*) (*x*).

V. Il compromesso si scioglie per le seguenti cause peculiari:

1. per la morte dell'arbitro (*y*), ovvero
2. di una delle parti litiganti, tranne se nel compromesso si fosse fatta espressa menzione de' suoi eredi (*z*);
3. se fu aperto il concorso sopra la sostanza di una delle parti (*aa*).

§ 547.

III. *La donazione, e sue specie.*

Donazione (*donatio*) (*a*) in senso lato significa ogni sorta di liberalità verso di un altro (*b*). In senso proprio essa è una convenzione, cui senza una precedente legale obbligazione si promette di trasferire gratuitamente in un altro la proprietà di una cosa (*c*). Il promittente si chiama donatore (*donans, donator*), l'altro donatario (*donatarius*). La donazione si fa o tra vivi (*donatio inter vivos*) o pel caso di morte (*donatio mortis causa*). Quest'ultima ha luogo quando la donazione si fa in maniera che il diritto del donatario debba oominciare soltanto colla morte del donante, o almeno diventare irrevocabile solo in questo momento. Tutte le altre sono donazioni fra vivi (*d*). La donazione è pura (*donatio simplex*) quando viene fatta senza alcun riguardo ad un precedente o posteriore correspettivo prestato o da prestarsi dal donatario (*e*); quando invece vien fatta per compenso di servigi prestati si chiama remuneratoria; e quando essa obbliga all'adempimento di qualche scopo, si chiama *donatio sub modo.*

§ 548.

Requisiti della donazione fra vivi.

I. Tutti quelli che possono far contratti ed alienare, possono anche donare, e non solamente cose singole individuali od una parte della facoltà, me benanche tutti i beni presenti, e futuri (*a*). Ma la donazione di tutti i beni si può fare soltanto con riserva del diritto dei creditori, e perciò previo diffalco dei debiti, senza per altro che il donatario possa venire impetito dai creditori (*b*).

II. Tutti quelli che possono acquistare sono anche abilitati ad acquistare per donazione, in quanto la legge non vi faccia qualche eccezione (§§ 149 e 552, *a*).

III. Le donazioni insinuate in giudizio e da questo protocollate (*insinuatio*) non abbisognano di altre formalità; anzi questa insinuazione è necessaria se la donazione sorpassa 500 solidi. Se fu donata una somma maggiore, la donazione è invalida soltan-

(*v*) fr. 13 § 1 D. eod. — c. 5 C. eod.
(*x*) c. 4 § 6 c. 5 pr. C. eod.
(*y*) fr. 45 D, eod.
(*z*) fr. 27 § 1, fr. 32 § 3, fr. 49 § 2 D, eod.
(*aa*) fr. 17 pr. D, eod.
(*a*) *Inst.* II, 7 — D. XXXIX, 5 — C. VIII, 54 *de donat.* — Retes *de donat. in* Meermani *thes.* VI, p. 552-662.
(*b*) fr. 9 pr. fr. 29 pr. D. XXXIX, 5 hujus tit. - fr.5 §14,15, fr. 18 D, XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.*
(*c*) arg. pr. *Inst.* II. 7 h. t. Confr. fr. 82 D, L, 17 *de reg. jur.*

(*d*) fr. 2, fr. 27, fram. 35 § 4 D. XXXIX, 6 *de mortis causa donat.* — A. G. Cramer *Disp. jur. civ.* c. 10.
(*e*) Per altro in questo senso l'espressione «*donatio simplex*» non si adopera nei fonti, confr. fr. 20 § 3 D, 2 *Famil. ercisc.*
(*a*) c. 35 § 4 C. h. t. — c. 8 C. VIII, 56 *de revocand. donat.*
(*b*) fr. 72 pr. D, XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 12 D, XXXIX, 5 *de donat.* fr. 19 § 1 D, XLII, 1 *de re jud.* — fr. 39 § 1 D, L, 16 *de verb. sign.* — c. 15 C. VIII, 54 h. t. — c. 8 C. VIII, 56 *de revoc. donat.*

to pel di più (*c*). **Trattandosi** di più donazioni tenui che prese insieme sorpassano 500 solidi, non si richiede insinuazione (*d*); questa però è necessaria nelle donazioni annue, se l'importo di ogni singolo anno eccede quella somma; in caso diverso è necessaria allora soltanto quando da ambe le parti si fosse fatta menzione degli eredi, e fosse stato aggiunto un tempo determinato della vita del donante o del donatario, e fatto il computo di questi anni, la donazione eccedesse 500 solidi (*e*).

Nei seguenti casi però non è mai necessaria la insinuazione:

1. nelle donazioni fatte dal principe e sua moglie, ed in quelle fatte ai medesimi (*f*).
2. nelle donazioni di cose mobili fatte dai magistrati militari ai soldati (*g*).
3. nelle donazioni di danaro fatte pel riscatto dei prigionieri (*h*), o per la ricostruzione di edificii incendiati o ruinati (*i*).

Anche le donazioni al disotto di 500 solidi, che non furono insinuate, richiedono del resto, secondo il Diritto nuovo, la formalità di essere fatte in iscritto giusta la forma prescritta, ovvero a voce alla presenza di tre testimoni (*k*).

§ 549.
Effetti della donazione.

Il donante, se la donazione fu fatta legalmente, è obbligato alla consegna della cosa donata, e se egli la ricusa può venire impetito mediante la *condictio ex lege* 35, § ult. C. *De donationibus*, la quale è stata introdotta da Giustiniano (*a*). È da osservarsi inoltre che il donante di cose fungibili non è tenuto a pagare interessi di mora, e che la donazione di una cosa altrui produce un titolo valido ad usucapire (§ 217). Confr. anche il § 489, n. 10, § 492 in principio e § 647.

§ 550.
Revoca della donazione.

Quantunque, di regola, le donazioni fra vivi non si possano rivocare (*a*), vi sono tuttavia le seguenti eccezioni:

I. Se qualcheduno ha donato fra vivi i proprii beni coll'intenzione di render vana la querela *inofficiosi testamenti* a quelli cui competerebbe dopo la sua morte; in tal caso possono questi, in quanto ne sieno stati lesi, impugnare la donazione dopo la morte del donatore, mediante la querela *inofficiosae donationis* (*b*), la quale fu introdotta per analogia della que-

(*c*) c. 34 pr. C. hujus tit. — Confr. anche c. 27 c. 36 § 3 C. h. t. — § 2 *Inst.* II, 7 h. tit. Intorno al Diritto antico veggasi Savigny *Sulla Legge Cincia de donis et muneribus nel Giorn. della Giurispr. Storica* IV, p. 1-59 — Rudorff *Diss. de lege Cincia*, Berolini, 1825 - Gugl. Francke nelle sue *Diss. civ.* Gottinga 1826, p. 1-65 — Hasse e Unterholzner nel *Mus. ren.*, I, 3, p. 185 e II, 4, p. 436 e III, 2, come pure Warnkönig negli *Annali* di Schunck XIII, 3, 1 — S. Klinkhammer *Comm. hist. jurid. de jur. civ. rom. loco, qui est de donationibus ex fragm. Vaticanis nuper illustrat.* Amstel 1826 — Si trova il giudizio critico delle *Dissert.* di Francke, Hasse e Klinkhammer negli *Ann.* di Schunck VI, 1. p. 48-61 — Marezoll nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* I, 1, p. 1, descrive la forma dell'insinuazione.

(*d*) c. 34 § 3 C. h. t. « . . . . . *non videatur eas oportere in unam coadunare et introducere modos, per quos non valeant, et in irritum revocentur.* »

(*e*) c. 34 § 4 C. eod.

(*f*) c. 34 pr. C. eod. — Nov. 52 c. 2.

(*g*) c. 36 § 1 C. eod.

(*h*) c. 36 pr. C. eod.

(*i*) c. 36 § 2 C. eod.

(*k*) c. 25, c. 31 C. eod. Confr. colla c 29 C. eod. e colla Nov. 50 dell'imp. Leone — Nov. 52 cap. 2. Vedi Marezoll nel *Mag.* IV, 2, p. 175.

(*a*) fr. 22 D XXXIX, 5 h. t.

(*a*) § 2 *Inst.* II, 7 *de donat.*

(*b*) C. III, 29 *de inoff. donat.* — C. Rau *de querela inoff. donat.* Lipsiae 1775 — Zimmern *Disq. di Dir. rom.* p. 58-79 — Kritz *Trattati pratico-esegetici* n. 5.

rela *inofficiosi testamenti* (*c*) Essa perciò:

1. compete a quelli che possono impugnare un testamento come inofficioso (*d*);

2. si estingue dopo cinque anni dalla morte del donante (confr. § 388; n. 6) (*e*); e

3. cessa in generale per gli stessi motivi, per cui non si può accampare la querela *inofficiosi testamenti* (*f*). Per giudicare se la donazione sia inofficiosa bisogna aver riguardo alla facoltà che esisteva al tempo in cui seguì la donazione, cosicchè una donazione in origine non inofficiosa non diviene tale per una posteriore diminuzione di facoltà, come all'incontro non ha luogo l'azione, se dopo la donazione la facoltà fu nuovamente aumentata in maniera che la dovuta porzione legittima non apparisca più lesa (*g*).

Ma fra la querela *inofficiosi testamenti* ed *inofficiosae donationis* sono da osservarsi le seguenti differenze:

a. la donazione deve essere stata fatta colla intenzione di render vana la querela *inofficiosi testamenti* (*h*), la quale intenzione venir deve provata da chi si crede leso; tranne se qualcheduno avesse esaurito il suo patrimonio con donazioni esorbitanti (*i*). Perciò fra più donazioni fatte in diverse epoche ed a diverse persone può essere rivocata quella soltanto che fu la prima inofficiosa, quantunque in ordine al tempo sia anteriore alle altre (*k*).

b. Colla querela *inofficiosae donationis* non si annulla la intiera donazione, ma soltanto quella parte ch'è necessaria per reintegrare la dovuta porzione legittima (*l*).

c. Alcuni aggiungono ancora la differenza, che il donante stesso per rimuovere l'azione possa impugnare la donazione (*m*).

II. La donazione si può rivocare per ingratitudine, ma soltanto per certi motivi fondati nella legge: tali sono atroci ingiurie verbali, ed ingiurie reali, insidie contro la vita o le sostanze del donante per cui questi, nell'ultimo caso, debba soffrire un danno rilevante, ovvero finalmente se il donatario non voglia adempiere gli obblighi assuntisi vocalmente od in iscritto verso il donante (*n*). Quest'azione poi non compete agli eredi del donante (*o*); ed ha luogo soltanto contro l'ingrato donatario (*p*): ed il suo

(*c*) fr. 87 § 3 D. *de legat.* II — c. 2, 6, 8, pr. c. 9 C. III, 29 tit. La *Querela inoff. testamenti*, si deve qui prendere nel senso attribuitole innanzi la Nov. 115, dacchè questa Novella come legge modificativa deve essere interpretata ristrettivamente.

(*d*) c. 1, 4, 9 C. eod. — Glück *Comm.* XXXVI, p. 38-139.

(*e*) c. 9 C. eod.

(*f*) c. 6, 9 C. eod. — Nov. 92 c. 1 § 1.

(*g*) Nov. 92, c. 1, pr.

(*h*) c. 1, c. 8 C. h. t.

(*i*) c. 2, 5 C eod.

(*k*) Kritz § 12. Se alcuno pertanto al primo gennaro avesse donato mille fiorini nella intenzione di eludere la querela d'inofficiosità, ed al primo maggio altri mille, per liberar un amico da qualche infortunio; in tal caso potrebbesi impugnare la prima donazione, non mai la seconda.

(*l*) c. 2, 5, 8 pr. C. h. tit. È di altra opinione Zimmern. Ved. però Kritz § 5, 7. Ma quelli a cui compete la *querela inoff. testam.* senza essere chiamati alla legittima hanno talvolta il diritto d'impugnare la intiera donazione (§ 326 f.).

(*m*) c. 5 C. h. t. Sembra per altro avere derogato a questa costituzione la nov. 92 c. 1, pr., avvegnacchè secondo quest'ultima, soltanto al momento della morte può essere determinato se vi abbia o meno lesione della legittima. È d'opinione diversa Muhlenbruch nei *Comm.* di Glück p. 57.

(*n*) c. 10 C. VIII, 56 *de revoc. donat.* - § 2 *Inst.* II, 7 *de donat.* Intorno al diritto della madre passata a seconde nozze, vedi § 137. Si avverta che le madri diffamate per vizii e dissolutezze non hanno diritto di chieder la restituzione di quanto avessero donato ai figli, c. 7 C. VIII, 56. — Confr. Marezoll nel *Mag.* di Löhr IV, 3 p. 373.

(*o*) c. 1 in fine c. 7, c. 10 in fine C. VIII, 56.

(*p*) c 7 C eod.

scopo si è che venga restituita la cosa con ogni sua pertinenza (*q*)

III. Il padrone può rivocare le donazioni fatte a' suoi liberti, se gli sono posteriormente nati dei figli (*r*).

§ 551.

Della donazione rimuneratoria, e di quella fatta sub modo.

In generale, per servigi prestati, o per beneficj praticati, non si può pretendere alcuna ricompensa (*a*), cosicchè questa in tal riguardo è una vera donazione; ma siccome i Romani consideravano come un' obbligazione naturale il dovere di gratitudine e di ricompensa (*b*), così è chiaro che nella donazione rimuneratoria hanno luogo gli effetti della obbligazione naturale, i quali non occorrono nella donazione pura, e che all' incontro quei rapporti della donazione rimuneratoria che non nascono dall'obbligazione naturale sono da giudicarsi secondo i principj della donazione pura. Da questa massima non è difficile dedurre le proprietà della donazione rimuneratoria:

1. La donazione rimuneratoria che eccede 500 solidi se è già seguita, non può essere rivocata per mancanza della insinuazione, ma se non è peranco effettuata, il donatario ha un'azione soltanto per 500 solidi.

2. Dalla medesima differenza dipende anche il vigore della donazione rimuneratoria fra conjugi; cioè essa ha pieno vigore se fu già effettuata, ma non si dà azione pel suo eseguimento.

3. Una donazione rimuneratoria non si può rivocare (*c*).

Dalla stessa massima sopra accennata segue che in tali donazioni rimuneratorie il donante non paga interessi di mora, e che gli compete il benefizio del necessario sostentamento (*d*).

La donazione per un fine determinato (*sub modo*) si può giudicare da quanto ne fu detto al § 94, e perciò qui ci resta ancora poco da aggiungere. Se per colpa del donatario non viene adempito lo scopo, quando interessava al donante che venisse adempito, questi può ripetere la cosa donata o coll'*actio praescriptis verbis*, o colla *condictio ob causam datorum* (*e*), o rivocare la donazione per causa d' ingratitudine (*f*); anzi se il donante fece la donazione colla condizione che gli vengano somministrati alimenti, se ciò non si adempie, ha luogo l'azione rivendicatoria della cosa

(*q*) c. 7 C. eod. « *Actionem... personalem esse volumus, ut vindicationis... habeat effectum.* » Deve però il revocante sottostar ai pesi nel frattempo imposti alla cosa, poichè la proprietà viene rivocata soltanto *ex nunc* (§ 200).

(*r*) c. 8 C. eod.

(*a*) Vedi C. Mahir. Monaco 1828. *Intorno alla natura della donatio rimun.* e la critica relativa Schröter negli *Annali* di Schunck XI, 1, p. 8. Vi hanno bensì, secondo il nostro Diritto certe persone alle quali si spetta una mercede pei da loro prestati servigi, quando pure non fosse loro stata espressamente promessa, al quale effetto ha luogo un'apposita procedura straordinaria (D. L, 13 *de extraord. cog.*). Tali sarebbero i maestri delle arti libere, eccetto i filosofi ed i professori di Dir. civ. (fr. 1 § 4 D. L. 13. « *An et philosophi? — Et non putem... quia hoc primum eos profiteri oportet, mercenarium operam spernere.* » § 5. « *Proinde ne juris quidem civilis professoribus;.. est enim res quidem sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio numario non sit aestimanda, nec deonestanda...*), gli avvocati o procuratori, i medici, le levatrici e le balie, come pure i mediatori (D. L, 13 e L, 14 *de proxeneticis*). Altre persone fuori di queste non possono intentare azioni per mercede di prestati servigi. Se taluno però avrà locato la sua opera per prestazioni che di regola non si fanno che verso mercede di danaro, in tal caso potrà il committente venire impetito pel pagamento della mercede, § 1 *Inst.* III, 24 (25) *de locat.* - fr. 22 D. XIX, 5 *de praesc. verb.*

(*b*) fr. 25 § 11 D. V, 3 *de hered. pet.* — fr. 19 § 1, fr. 27 D. XXXIX, 5 *de donat.*

(*c*) fr. 34 § 1 D. XXXIX, 5.

(*d*) Wening II, 3 § 213. — A. M. Thib. § 910.

(*e*) c. 2, 3, 6, 8 C. IV, 6 *de condict. ob caus. dator.*

(*f*) c. 10 C. VIII, 56 *de revocand. donat.*

donata (*g*). Se lo scopo vi fu apposto in favore di un terzo, compete a questo un'azione personale in virtù della donazione soltanto nel caso che la cosa donata debba in seguito venire a lui restituita (*h*). Finalmente una donazione *sub modo* che ecceda 500 solidi deve essere insinuata (*i*).

§ 552.
Donazioni fra conjugi (*a*).

Affinchè i conjugi non si spoglino di tutto per reciproco amore, mentre essi non osservano nelle donazioni una conveniente misura (*b*), affinchè i matrimonii non sieno venali (*c*), nè sembri che la concordia venga comperata a prezzo, e affinchè il conjuge migliore non cada in povertà, mentre il peggiore si fa più ricco (*d*), le donazioni fra conjugi sono proibite, ed invalide in modo (*e*), che ad onta della seguita consegna, non viene trasferita nè la proprietà (*f*), nè il possesso civile, ma soltanto il naturale (*g*), e perciò puossi rivendicare la cosa donata ancora esistente, e se consumata, ripeterne il prezzo mediante la *condictio sine causa*, in quanto il donatario se ne è fatto più ricco (*h*). Tuttavia non si possono rivendicare i frutti che il donatario percepì colle proprie fatiche (*i*), anzi esso può intieramente liberarsi dall'azione coll'offrire il vero prezzo della cosa donata (*k*).

La sanzione della nullità non si riferisce soltanto alle donazioni fra conjugi, ma eziandio alle donazioni fra quelle persone che sono congiunte coll'uno o l'altro dei conjugi mediante il legame della patria potestà (*l*), ed è indifferente che queste persone sieno sotto la potestà dell'uno o l'altro conjuge (*m*), ovvero che il conjuge stesso sia sotto la potestà di loro (*n*), ovvero finalmente che si trovino sotto la medesima patria potestà con uno dei conjugi (*o*). Ma tali donazioni sono valide, se si riferiscono al peculio castrense o quasi-castrense, come se la madre donò qualche cosa al proprio figlio che va in servizio militare ed è ancora soggetto alla potestà del proprio padre (*p*).

Vi sono del resto donazioni anche fra conjugi, le quali

I. sono valide fin dalla loro origine, cioè

A. quelle il di cui adempimento cade nel tempo che il matrimonio è disciolto, come per esempio le donazioni in causa di morte (*q*);

(*g*) c. 1 C. VIII, 55 *de donat. quae sub. modo.*
(*h*) c. 3 C. VIII, 55 eod.
(*i*) c. 25 C. VIII, 54 *de donat.*
(*a*) D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.* — C. V, 16 eod. Glück XXV, p. 422 fino alla fine, e XXVI, p. 1-220.
(*b*) fr. 1 D. eod.
(*c*) fr. 2 D. eod.
(*d*) fr. 3 pr. D. eod.
(*e*) fr. 1 D. eod.
(*f*) fr. 3 § 10, 11 D. eod.
(*g*) fr. 26 pr. D. eod. — fr. 1 § 4 D. XLI, 2 *de adquir. vel om. poss.* — fr. 1 § 2 D, XLI, 6 *Pro donato* — fr. 1 § 9, 10 D. XLIII, 16 *de vi.* Da ciò risulta il diritto degl' interdetti, e la incapacità di usucapione.
(*h*) Possono rivendicarsi *directe*, se fu data una cosa corporale; *utiliter*, se col denaro donato fu comperata qualche cosa, fr. 5 § 18, fr. 55 D. XXIV, 1.
(*i*) fr. 17 pr. D. eod. — fr. 45 D. XXII. 1 *de us. et fruct.*
(*k*) fr. 36 pr. D. XXIV, 1.
(*l*) fr. 3 § 2-8 D. eod. — c. 4, 5 C. V, 16.
(*m*) Se p. e. la madre dona qualche cosa al figlio, che si trovi ancora sotto la paterna potestà, una tal donazione è invalida, fr. 3 § 4 D. eod.
(*n*) È invalida quindi p. e. la donazione che la moglie fa al suo suocero, finchè il marito sta sotto il di lui potere.
(*o*) Per questo motivo la moglie non può fare donazioni al fratello del marito, finchè l'uno e l'altro sono soggetti alla stessa patria potestà, nè il fratello può farne alla sposa, fr. 3 § 2, 5 D. eod.
(*p*) fr. 3 § 4 D. eod. S'intende per sè che lo stesso vale del peculio avventizio straordinario.
(*q*) fr. 9 § 2, fr. 10, 12, 60 § 1, fr. 61, 62 pr. D, eod.

B. le donazioni in causa di nozze (*donatio propter nuptias*) (*r*);

C. le donazioni che non fanno più ricco il donatario (*s*), come una donazione reciproca (*t*), nè più povero il donante, come se un conjuge ripudiò una eredità od un legato in favore dell'altro, se rilasciò un pegno ec. (*u*).

D. tenui regali natalizj ed altri simili (*v*);

E. ciò che si dona per la ricostruzione di edificj incendiati o ruinati (*x*).

F. donazioni fra l'imperatore e sua moglie (*y*).

II. Altre donazioni invalide nella loro origine diventano posteriormente efficaci mediante la morte del donante seguita prima di quella del donatario (*z*), tranne se sono da ritenersi come rivocate o per intelligenza espressa o per una presunzione di Diritto (*aa*).

Del resto, una donazione lecita che sorpassi 500 solidi, è valida soltanto nel caso che venga insinuata in Giudizio, o sia confermata mediante testamento (*bb*).

(*r*) § 3 *Inst.* II, 7 *de donat.* — c. ult. c. V, 3 *de donat. ante nupt.*

(*s*) fr. 5 § 8, 16 D. eod.

(*t*) fr. 7 § 2 D. eod.

(*u*) fr. 5 § 13-15 D. eod.

(*v*) fr. 31 § 8, fr. 18 § 1, fr. 16, 17, 21 pr. fr. 28 § 1, 2 D. eod. — c. 21 C. eod.

(*x*) fr. 14 D. eod.

(*y*) c. 26 C. eod.

(*z*) c. 1, 6, 25 C. eod. — Novella 162, c. 1 pr. Questa novella per altro non è glossata. È poi lo stesso, che le cose sieno state già consegnate, oppure soltanto promesse; il fr. 23 D. eod. non osta, Löhr nell'*Arch. della Prat. civ.* XVI, 2 p. 233 contro Wächter nello stesso *Arch.* XVI, 1, p. 107. Della nostra opinione è anche Puchta nel *Museo ren.* VI, 3 n. 9.

(*aa*) Se per es. la cosa donata venne alienata spontaneamente c. 12 C. V, 16: il solo pegno però non fonda una tale presunzione, nov. 162, c. 1 § 1.

(*bb*) c. 25 C. eod.

§ 553.

Donazioni tra sposi promessi.

Dal fin qui detto apparisce evidentemente che le donazioni tra sposi promessi non sono proibite: secondo il Diritto nuovo per altro si possono rivocare se non seguì il matrimonio, avuto riguardo ai seguenti casi:

1. se il matrimonio non ebbe effetto per colpa del donante, non ha luogo rivocazione, anzi il donatario può pretendere la cosa non peranco consegnata (*a*).

2. se la colpa fu del donatario, deve questi restituire per intiero la cosa donata (*b*);

3. finalmente se il matrimonio fu impedito dal caso, può la sposa rivocare la donazione per intiero (*c*); ma lo sposo soltanto per metà, s'egli ebbe già baciata la sua fidanzata (*d*).

§ 554.

Della donazione in causa di morte, e della mortis causa capio (*a*).

La donazione in causa di morte (*donatio mortis causa* § 547) è una vera donazione tanto riguardo alla forma quanto al contenuto, ma in qualche caso viene tuttavia equiparata ai legati (*b*).

I. Riguardo alla *forma*, una cosa

(*a*) c. 15 C. V, 3 *de donat. ante nupt. et spons.* « *si quidem sponsus vel parentes ejus.* »

(*b*) c. 15 C. eod. « *quod si sponsa etc.* »

(*c*) c. 16 C. eod.

(*d*) c. 16 C. eod. Vedi Glück XXIV, p. 396-401 e Spangenberg nell'*Archiv. della Prat. civ.* XII, 2, p. 269.

(*a*) D. XXXIX, 5 *de mort. caus. donat. et cap.* - C. VIII, 57 *de donat. causa mortis.* - Schirach nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 3, p. 297. — Muller *della natura della donazione mortis causa*, Giessen 1827. — I migliori trattati in proposito son quelli di Hasse nel *Mus. ren.* II, 3, p. 300 III, 1, p. 1 e III, 3, p. 371, e di Schröter nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* II, 1, p. 97. Noi abbiam seguito specialmente quest'ultimo.

(*b*) c. ult. C. h. t. — § 1 *Inst.* II, 7 *de donat.* — Nov. 87 pr. e Schröter p. 133.

donata in causa di morte o deve essere consegnata (*c*), ovvero promessa mediante una stipulazione (*d*). Se la donazione si fa in iscritto, il donatore stesso od un altro in suo nome deve sottoscrivere l'istromento; se poi si fa vocalmente, devono essere presenti tre testimoni (*e*); e se eccede 500 solidi, è necessaria la insinuazione giudiziale (*f*), la quale in virtù di una nuova Costituzione di Giustiniano si poteva tuttavia omettere quando la donazione in causa di morte si faceva innanzi cinque testimonii (*g*).

Dalla forma descritta segue che la donazione in causa di morte richiede l'accettazione, e che senza di questa non vale neppure come fedecommesso, non avendo, giusta la sua natura, quelle formalità che sono necessarie per un fedecommessso (*h*).

II. Riguardo al *contenuto*, essa è un vero contratto, e coincide coi legati soltanto in quelle circostanze che sono espressamente dalle leggi contemplate, e queste sono:

1. nella donazione in causa di morte ha luogo la legge Falcidia (§ 444, *g*), il diritto di accrescimento, e la cauzione Muciana (§ 432) (*i*);

2. la condizione del giuramento si ritiene come non apposta (§ 348, *e* in connessione col § 494, *b*) (*k*);

3. se qualcheduno fece una donazione in causa di morte in pregiudizio de' suoi creditori, quantunque il donante non avesse intenzione di defraudare i suoi creditori (§ 268, n. 2) (*l*), può essa venir impugnata (*m*);

4. per volontà dell'imperatore Marco, una transazione che risguardi alimenti non è valida se non fu conchiusa coll'assenso del Pretore (§ 638). Questa restrizione riferivasi veramente soltanto ad alimenti che venivano lasciati in un testamento o codicillo, ma Ulpiano la estese poi anche alle donazioni fatte in causa di morte (*n*);

5. se si ottenne il possesso de' beni *contra tabulas*, le mentovate donazioni vengono annullate nella stessa proporzione dei legati (§ 303, *c*) (*o*);

6. se il donante fu condannato a morte, è invalida anche la donazione (§ 317 nota *m*, *s*) (*p*);

7. chi secondo la legge Giulia e Papia (*q*) è inabile ad acquistar legati, non può acquistar neppure una donazione in causa di morte (*r*);

8. siccome i soldati quantunque soggetti alla patria potestà possono di-

(*c*) fr. 19 pr. D. XII, 1 *de reb. cred.* — fr. 4, fr. 11 § 4 D. XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.* — fr. 1 pr. D, XXXIX, 5 *de donat.* — fr. 2, 29, 33, 35 § 4, fr. 36, 38, 39, 42 D. XXXIX, 6 *de mort. caus. donat.* — fr. 15 in fine D. XL, 1 *de manumiss.*

(*d*) fr. 76 D. XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 11 in fine D. XXIII, 4 *de dote praeleg.* — fr. 34, 35 § 7 D. XXXIX, 6 h. t. — fr. 4 § 1 D. XLIV, 4 *de dot. mal. et metus except.*

(*e*) c. 29, 31 C. VIII, 54 *de donat.* e § 548 nelle note. Quindi è che Giustiniano nella c. ult. C. h. tit. fa cenno di una donazione *in scripsit*, o *sine literarum suppositione.* — Secondo Schröter, le parole della c. 31 «*et sine testium subnotatione*» significano che sia nelle donazioni scritte necessaria bensì la presenza di testimonii, ma non la loro sottoscrizione.

(*f*) c. 36 § 3 C. VIII, 54 *de donat.*

(*g*) c. ult. c. h. t. Da ciò non si può però tirare la conseguenza che sia applicabile la forma dei codicilli.

(*h*) Non ostano il fr. 75 pr. D. *de legat.* II. — fr. 77 § 26 D. *de legat.* I, poichè questi passi di legge non trattano della donazione in causa di morte, ma di un vero fedecommesso.

(*i*) c. un. § 14 C. VI, 51 *de caduc. toll.* — Nov. 22, c. 44, § ult.

(*k*) fr. 8 § 3 D. XXVIII, 7 *de condit. inst.*

(*l*) fr. 17 § 1 D. XLII, 8 *Quae in fraud. cred.*

(*m*) fr. 17 D. XXXIX, 6 h. t.

(*n*) fr. 8 pr. § 2 D. II, 15 *de transact.*

(*o*) fr. 3 pr. fr. 5 § 7, fr. 20 D. XXXVII, 5 *de legat. praest.*

(*p*) fr. 7 D. XXXIX, 6 *de mort. caus. don.* — fr. 32 § 7, 8 D. XXIV, 1 *de donat inter vir. et uxor.*

(*q*) Vedi intorno a questa legge Ugo nel suo Manuale di Storia di *Dir. rom.* edizione X, 1826, p. 684.

(*r*) fr. 35 pr. fr. 37 pr. D. *de mort. caus. donat.*; ma secondo il Diritto novissimo ciò non ha più vigore. Heinecii *Antiq. argent.* p. 451.

sporre per testamento del loro peculio castrense, così lo possono anche donare in causa di morte (*s*).

Le donazioni in causa di morte coincidono coi legati anche in altri riguardi, non già perchè le leggi le equiparino ad essi in virtù di una rassomiglianza fra loro, ma in virtù della natura della donazione, o di altri principj giuridici; come sarebbero i seguenti casi:

1. le donazioni in causa di morte fra conjugi sono valide (§ 552, *q*);

2. le donazioni in causa di morte possono rivocarsi (§ 547, *d*);

3. nel caso che il donatario sia inabile ad acquistar la donazione, e sotto qualche altra condizione, può aver luogo la sostituzione (*t*);

4. è permesso di aggravare il donatario con un fedecommesso (*u*).

Finalmente le donazioni in causa di morte si distinguono dai legati per espressa disposizione di legge nei seguenti punti:

1. la forma della donazione è diversa da quella dei legati (confr. questo § n. I);

2. se si tratta della capacità di acquistare una donazione in causa di morte, si ha riguardo non al tempo della donazione, ma al tempo della morte (*v*);

3. siccome non a tutti quelli che sono incapaci di testare manca del pari la capacità di donare in causa di morte (confronta questo § nota *p*); così ne segue che i figli di famiglia posseno col consenso del padre donare il loro peculio pagano tanto in causa di morte, quanto fra vivi (*x*);

4. l'efficacia della donazione in causa di morte non dipende dall'adizione dell'eredità, ma soltanto dalla circostanza che il donante sia morto prima del donatario (*y*);

5. una donazione in causa di morte fatta per più anni vale come una donazione sola, e passa agli eredi del donatario (*z*);

6. se questi ha impugnato, ma senza effetto, il testamento del donante come inofficioso, non perde perciò la cosa donata (*aa*).

La *mortis causa capio* comprende in sè generalmente ogni acquisto che ha luogo in occasione della morte di un altro, ed in questo senso anche la donazione in causa di morte è una *mortis causa capio*; in senso stretto però s'intende per essa una donazione fra vivi dipendente dalla morte *di* una terza persona (*bb*).

§ 555.

4. *Patti nuziali.*

Patti nuziali (*pacta dotalia*) si appellano quei patti che si fanno relativamente ai beni parafernali, ed alla donazione in causa di nozze, e da cui in virtù di una nuova legge nasce

(*s*) fr. 15 D. eod.

(*t*) fr. 10 D. XXXIX, 6 h. t.

(*u*) fr. 11 in fine D. XXIII, 4 *de dote praeleg.* — fr. 77 § 1 D. *de legat.* II. — c. 1 C. VIII, 57 h. t. Un simile fedecommesso in ultima analisi non è altro che la rivocazione di una donazione colla determinazione della persona, a cui debba essere restituita la cosa donata. Un tale fedecommesso può aver luogo anche nella donazione tra vivi, allorchè il donatore si abbia riservata la revoca, fr. 96 § 4 D. *de legat.* I. — fr. 57 § 3 D. *de legat.* III.

(*v*) fr. 22 D. XXXIX, 6 h. t.

(*x*) fr. 25 § 1 D. eod. - fr. 2 pr. fr. 7 D. XXXIX 5 *de donat.* Fritz nell'*Arch. della Prat. civ.* VI, 2, p. 203 limita la capacità di donare in causa di morte al *peculio profettizio*; ma siccome la donazione in causa di morte solo in alcuni casi è equiparata ai legati, così a tale opinione osta la c. 8 § 5 C. VI, 61 « *neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda, dominium rei ad eos pertinentis alienare.* »

(*y*) fr. 25 pr. fr. 32 D. XXXIX, 6 h. t.

(*z*) fr. 35 § 7 D. eod.

(*aa*) fr. 5 § 14, 17 D. XXXIV, 6 *de his. quae ut indign.*

(*bb*) fr. 8 pr. fr. 18 pr. fr. 31 pr. § 2, fr. 38 D. XXXIX, 6 h. t.

un'azione (confronta parag. 564) (a).

§ 556.

Della dote, e delle sue specie (a).

Per dote (*dos*) s'intende quella facoltà che dalla moglie, o da un terzo per lei, viene consegnata od assicurata al marito per alleggerire il dispendio congiunto alla società conjugale (b).

Se la dote proviene dal padre o da un terzo con riguardo al padre si chiama profettizia, ed avventizia quella che viene costituita dalla moglie o da un terzo senza riguardo al padre (c), ed in ispecie *receptizia*, se il terzo se ne pattuì la restituzione dopo sciolto il matrimonio (d).

La dote può essere dal promittente determinata precisamente (*dos certa*), o no (*dos incerta*).

Se la promessa è incerta da canto di quello che non è legalmente obbligato a costituire una dote, in tal caso la moglie non è tenuta di dar nulla (e) ed un estraneo si può liberare dalla sua promessa prestando la più piccola cosa; ma se la promessa è incerta per parte di quello che è legalmente obbligato a costituire la dote, in tal caso dipende dall'equo parere del giudice di stabilirne la quantità (f).

(a) c. 6 C. V, 11 *de dote promiss.*

(a) D. XXIII, 3 *de jure dot.* — C. V; 12 eod. — Ulp. T. VI. — Hasse *Diritto sui beni* § 58 fino alla fine.

(b) Se quindi le nozze non si celebrano, o se sono invalide, non vi può essere questione di dote, fr. 21, fr. 43 pr. D, XXIII, 3. — È poi da osservare che basta la semplice *pollicitazione* della dote per fondar l'obbligo di prestarla, Gaji *Epit.* II, 9 § 4 e 5 *ab init.* — Ulp. VI, 1 — *Rubr. tit.* — C. V, 11 *de dotis promissione et nuda pollicitatione* — c. 6 C eod. — c. 25 C. IV, 29 *Ad senatuscons.* Vellej.

(c) fr. 5 pr. § 1, 9, 11, 14 D, XXIII, 3 - Ulp. VI § 3.

(d) Ulp. VI, § 5 — fr. 31 § 2 D. XXXIX, 6 *de mortis causa donat.*

(e) c. 1 C, V, 11 *de dott. promiss.*

(f) fr. 60 D. XXIII, 3 — c. 3 C, V, 11.

Del resto, si possono costituire in dote tanto cose corporali quanto incorporali (g), e perfino la intiera sostanza della moglie (h).

La dote in fine è stimata od inestimata, secondo che essa fu valutata ad un certo prezzo, o no (i). Nel primo caso la dote vien consegnata al marito in via di vendita al prezzo di stima (*dos aestimata venditionis causa*), se la stima non fu fatta soltanto ad oggetto che chi eventualmente sarà per ripeterla abbia un appoggio alla sua pretesa nel caso che la dote sia diminuita o deperita (*dos aestimata taxationis causa*).

In dubbio milita la presunzione per la prima specie di stima (k).

§ 557.

Delle persone che per legge devono costituire una dote, e come si costituisca.

Per legge deve costituire una dote il padre, o s'egli è morto, ovvero povero, l'avo paterno (a), alla figlia o nipote povera (b), tanto se è soggetta alla sua potestà quanto se non lo è (c): la madre vi è obbligata soltanto per eccezione (d); ma i fratelli non

(g) Come p. e. i crediti o l'usufrutto, fr. 7 § 2 D. XXIII, 5 — c. 2 C. IV, 10 *de oblig. et act.*

(h) c. 4 C, V, 12.

(i) fr. 10 § 1, 4, 5 D, XXIII, 3 — c. 30 C, V, 12.

(k) fr. 10 § 6 D, XXIII, 3 — c. 5, 10, 21, C, V, 12.

(a) fr. 19 D, XXIII, *de ritu nupt.* — fr. 5 § 8 D, h. t. — c. 7, C, V, 11 *de dott. promiss.* — Si ha dalla c. un. C, IX, 13 che una femmina che sia stata rapita è tenuta a costituire in dote quelle cose che essa ha in mano dalla sostanza del rapitore o almeno una parte delle medesime, s'ella prende per marito un'altro che il rapitore. Marezoll nel *Mag.* IV, 3, p. 370.

(b) c. 7 C, V, 11 — Glück XXV, p. 69-76. — È di parere differente il critico di Bucher negli *Annali* di Schunk XVI, 3, p. 248.

(c) c. ult. C, V, 11. Nov. 97, c. 5. Non osta nè il fr. 19 D, XXIII, 2 nè il fr. 51 D. XXIII, 3 Conf. Hasse § 95 e Gluck XXV, p. 63-69.

(d) Nel caso cioè che la madre sia eretica e la figlia ortodossa c, 19 § 1 C, I, 5 *de haeret.* — c. 14 C, V, 12.

vi sono obbligati neppure quando trattisi di una sorella bilaterale (*e*).

Si costituisce poi effettivamente la dote mediante la consegna, o mediante una promessa. Se questa viene fatta da quello che ne è obbligato per legge, compete al marito contro di lui la *condictio ex lege*, su cui si basa il suo obbligo (*f*), contro altre persone si serve egli dell'azione *ex stipulatu* (*g*), con cui egli può cumulare anche l'azione ipotecaria, perchè al marito compete il pegno legale sopra tutti i beni del promittente (*h*). E quantunque l'azione *ex stipulatu* sia un'azione di stretto diritto, essa tuttavia assume in questo caso la natura di un'azione di buona fede, in quantochè si possono pretendere tanto i frutti, quanto gl'interessi di mora. La mora poi nel caso che chi deve consegnar la dote sia un ascendente, ovvero sia la moglie stessa, se non fu stabilito un termine preciso per la consegna, comincia tosto dopo contratto il matrimonio (*i*): che se la promessa procede da un altro, la mora in tal caso comincia soltanto dopo due anni decorribili dall'epoca del contratto matrimonio (*k*).

(*e*) Muhlenbruch II, § 262, nota 4 difende con molti altri l'opinione contraria in vista del fr. 12 § 3 in fine D, XXVI, 7 *de administr. tut.*; ma Hasse p. 100 dimostra ad evidenza quanto vizioso sia l'argomento *a contrario* che si vuol dedurre da tal passo.

(*f*) Contro il suocero ha luogo la *condictio ex lege* ult. C, *de dotis promissione*.

(*g*) Sia poi stata fatta la promessa in forma di stipulazione o no; poichè nell'ultimo caso la stipulazione si suppone, c. 4, 6 C, V, 11 — c. un. pr. § 1 C, V, 13 *de rei uxor. act.*

(*h*) c. un. § 1 C, V, 13.

(*i*) Per principii generali fr. 4 § 2 D. 2 II, 14 *De pactis.* — fr. 21 D. XXIII, 3.

(*k*) c. 31 § 2 C. V, 12.

§ 558.

Diritti ed obblighi del marito relativamente alla dote.

Durante il matrimonio il marito ha la proprietà della dote; egli può dunque non solo percepire i frutti (*a*) senza prestar cauzione, e render conto (*b*), ma benanche rivendicare la dote da qualunque possessore, e perfino dalla moglie stessa (*c*); all'incontro deve anche supplire egli solo a tutti i pesi che vanno al matrimonio congiunti (*d*). Ma la proprietà del marito è piena ed irrevocabile, soltanto nel caso che la dote consista in cose fungibili (*e*), o se gli furono trasmesse cose mobili od immobili (*f*) in via di vendita (*g*), nel qual caso sta a suo carico anche il rischio del deperimento fortuito (*h*). Trattandosi di cose non stimate, o se la stima fu fatta *taxationis causa*, il marito ne acquista soltanto la proprietà limitata; poichè queste vengono considerate anche durante il matrimonio come appartenenti alla moglie (*i*), e perciò al marito non compete quell'accessione che non spetta alla classe dei frutti (*k*): il marito deve inoltre restituire dopo sciolto il matrimonio la metà del tesoro ritrovato sul fondo dota-

(*a*) fr. 7 pr., fr 10 § 3 D. XXIII, 3. — c. 20 C. V, 12.

(*b*) c. 1 C. V, 20 *de fidejussor.*

(*c*) c. 11 C. V, 12. — c. 9 C. III, 32 *De rei vind.* fr. 24 D. XXV, 2 *De act. rer. amotor.*

(*d*) fr. 3 § 1, fr. 13, fr. 16 D. XXV, 1 *De impens. in rem. dot. fact.*

(*e*) fr. 42 D. XXIII, 3.

(*f*) fr. 10 § 6 D. XXIII, 3. — c. un. § 15. C. V, 13 *De rei uxor. act.*

(*g*) fr. 10 pr. D XXIII, 3. — c. 5 C. V, 12.

(*h*) c. un § 15 in fine C. V, 13.

(*i*) fr. 75 D. XXIII, 3. In simile caso la proprietà della moglie si suol chiamare *naturale* in vista specialmente della c. 30 C. V, 12 e quella del marito *proprietà civile*: Löhr nel *Mag.* IV, 1, p. 57-77 si esterna contro tali denominazioni.

(*k*) fr. 7 § 12 in pr. D XXIV 2 *Solut matr.* fr. 10 § 1, 2, fr. 69 § 9 D. XXIII, 3.

le (*l*), e può alienare validamente soltanto le cose mobili, ma non mai le immobili (*fundus dotalis*) (*m*), la cui vendita o pegno (*n*), quantunque vi acconsenta la moglie (*o*), è nulla in guisa che essa o i di lei eredi possono rivendicare le cose alienate, e la vendita sussiste nel solo caso, che non ne emerga alla moglie alcun danno (*p*), e diventa posteriormente efficace se la moglie diviene erede del marito (*q*), ovvero se questo dopo la morte della moglie acquista le cose alienate (*r*). Ma in questo caso il marito non va soggetto al danno fortuito (*s*), ed è responsabile soltanto per la colpa lata, e per la negligenza insolita nelle cose proprie (*t*); nella dote stimata *taxationis causa* (*u*) all'incontro lo è anche per la colpa lieve.

§ 559.
Chi dopo sciolto il matrimonio possa ripetere la dote.

Il diritto di ripetère la dote si fonda sopra un contratto, ovvero sulla legge. Nel primo caso ognuno all'atto della promessa può stipularsi la restituzione della dote: il padre può convenire la restituzione anche dopo fatta la promessa, se non è peranco seguita la celebrazione del matrimonio; ma dopo la celebrazione nè il padre nè altre persone possono riserbarsi la restituzione se non coll'assenso della moglie (*a*).

Il patto per cui dopo sciolto il matrimonio la dote debba restare al marito, ha vigore soltanto nel caso che la dote stessa già per legge si dovesse restituire ad un terzo e non alla moglie (*b*). Se non vi ebbe alcun patto e la moglie è *sui juris*, spetta ad essa il diritto di ripetere tanto la dote profettizia quanto quella avventizia (*c*); ma s'ella è ancora sotto la patria potestà, un tal diritto compete al padre in virtù dell'assenso espresso o tacito della figlia (*d*).

Se il matrimonio fu sciolto per la morte della moglie, i di lei eredi possono ripetere la dote avventizia (*e*), e la profettizia il padre ovvero l'avo paterno (*f*), senza distinzione se la moglie era o non era sotto la patria potestà (*g*), e se esistevano o no figli da quel matrimonio (*h*); ma se il padre o l'avo morì prima della moglie, il diritto di ripetere la dote compete agli eredi della moglie (*i*).

§ 560.
Chi debba restituire la dote, e con qual azione si possa essa ripetere.

La dote deve restituirsi dal marito,

(*l*) fr. 7 § 12 D, XXIV, 3 *Solut. matr.*
(*m*) D. XXIII, 5 *de fundo dot.* — C, V, 23 eod.
(*n*). c. 1 C, V, 23.
(*o*) c. un. § 15 C, V, 13 — pr. *Inst.* II, 8 *Quibus alienare licet.* — fr. 42 D, XLI, 3 *de usurp.* — c. 30 C, V, 12. Ma il marito non può impugnar l'alienazione, come non la può impugnare nemmen la moglie se non dopo sciolto il matrimonio, fr. 17 D. XXIII, 5. Intorno alla interpretazione della c. 30 C, V, 12 vedi Löhr nel *Mag.* IV 1, p. 70 e nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 2 p. 295 e VII, 2 p. 267. Contro di lui sorse Hasse nel *Museo ren.* II, 1 p. 40. Confr. anche Glück XXVII, p, 179.
(*p*) fr. 26, fr. ult. D, XXIII, 3.
(*q*) fr. 13 § ult. D, XXIII, 5 *de fundo dot.*
(*r*) fr. 17 D, XXIII, 5.
(*s*) fr. 10 pr. D. XXIII, 3 — c. 5 C, V, 12.
(*t*) fr. 17 pr. D, XXIII, 3.
(*u*) Confr. § 468 nota *f* — fr. 52 § 3 D, XVII, 2 *Pro socio*

(*a*) fr. 7 pr. fr. 20 § 1 D, XXIII, 4 *de pact. dot.* — fr. 29 pr. D, XXIV, 3 *Solut. matr.* — c. un. § 13 C, V, 13.
(*b*) fr. 2, fr. 12 pr. D, XXIII, 4 — fr. 1 § 1, D, XXXIII, 4 *de dote praeleg.* — c. 3, 6 C, V, 14 *de pact. conv.*
(*c*) fr. 2 pr. fr. 34 D, XXIV, 3 *Solut. matr.* — c. un § 11 C, V, 13.
(*d*) Riguardo alla dote profettizia vedi il fr. 2 § 1, fr. 3, fr. 34 D, XXIV, 3 — c. un. § 13 C. V, 13; intorno alla dote avventizia confronta Ulp. VI, § 6, e la Nov. 97, c. 6 § 1.
(*e*) Ulp. VI, § 5 — c. un. § 6 C, V, 13.
(*f*) fr. 17 D, XIV, 6 *de senatuscons. Maced.* — fr. 6 pr. fr. 78 § 1 D, XXIII, 3 *de jure dot.*
(*g*) fr. 71 D, XXI, 2 *de evict.* — fr. 5 D, XXIV, 3 Glück XXVII, p. 196.
(*h*) Vedi i passi citati nella nota *f* di questo § e Ulp. VI, § 4 — c. un. § 5, C, V, 13.
(*i*) c. un. § 6 C, V, 13 — Ulp. VI, § 4.

o dal suocero che l'abbia ricevuta in nome del proprio figlio (*a*), o dai loro eredi (*b*), o finalmente dal fisco se abbia confiscati i beni del marito o del suocero (*c*).

Un estraneo si serve a tal fine dell'*actio ex stipulatu*, se ebbe luogo una stipulazione, ed in caso diverso fa uso dell'*actio praescriptis verbis;* ma la moglie o il di lei padre hanno sempre l'azione *ex stipulatu*, perchè vien finta una stipulazione, se anche in realtà la medesima non avesse avuto luogo (*d*).

Si può inoltre accampare anche l'azione ipotecaria, perchè la intiera facoltà del marito è soggetta al pegno legale in favor della dote (§ 246, II).

Chi ripete la dote deve provare, in caso di negativa, che la medesima sia stata veramente consegnata, la qual prova mediante chirografo del marito può talvolta istituirsi in guisa che non ha più luogo riprova. Se il marito infatti confessò in un istrumento di aver effettivamente ricevuto la dote, esso può opporre, durante un anno, all'attore l'*exceptio dotis cautae sed non numeratae*, se il matrimonio restò sciolto entro due anni; che se il matrimonio fu sciolto bensì dopo due anni, ma però prima che ne trascorressero dieci, gli compete la stessa eccezione per tre soli mesi; passati questi termini, se il matrimonio cioè durò dieci anni interi, in tal caso il marito in virtù della sua confessione espressa nel chirografo deve restituire la dote, quantunque possa provare di non aver ricevuto nulla (*e*).

(*a*) fr. 22 § 12, fr. 25 pr. fr. 53 D, XXIV, 3 c. 10 C, V, 18 — Glück XXVII, p. 109-373.

(*b*) fr. 44 pr. D, XXIV, 3 — c. 9, C, V, 18.

(*c*) fr. 31 pr. D, eod. — c. 2 C, eod.

(*d*) § 29 *Inst.* IV, 6 *de act.* — c. un. pr. § 1, 2, 13, C, V, 13 *de rei uxor.*

(*e*) Nov. 100 — § un. *Inst.* III, 21 (22) *de lit. oblig.* Buchholtz nelle sue *Diss. giurid.* è d'avviso che la Nov. 100 tratti soltanto della *querela cautae sed non numeratae dotis*, e che perciò rispetto all'*exceptio non num. pecuniae* valga ancora in tutti i casi il termine di un anno dallo scioglimento del matrimonio, in base alla c. 3 C, V, 15 *de dote cauta.* Ma la prefazione della Nov. 100 sembra opporsi ad una tale opinione.

§ 561.

Cosa e quando si debba restituire.

A. Se la dote consiste in cose fungibili, si deve restituire altrettanto di egual qualità (*a*).

B. Se furono consegnate al marito in via di vendita altre cose mobili od immobili, sciolto il matrimonio, compete al marito la scelta se vuole restituire le cose in natura purchè non sieno deteriorate, oppure il loro valore (*b*). Se poi gli enti dotali non vennero stimati, o se lo furono solo *taxationis causa*, allora devono restituirsi le stesse cose in natura (*c*) con ogni loro accessione (*d*), e coi frutti percetti prima di contrarre il matrimonio, e dopo il suo scioglimento (*e*); ciò tuttavia in maniera, che i frutti dell'ultimo anno, il quale si computa dal giorno in cui la consegna della dote coincide col matrimonio, vengano divisi in ragione della durata del matrimonio nell' ultimo anno fra *il* marito e quello che domanda la restituzione della dote (*f*).

Il marito poi può compensare le spese *necessarie* (*g*) che non appartengono nè alle ordinarie, nè alle mo-

(*a*) fr. 42 D, XXIII, 3.

(*b*) fr. 10 § 6 D, XXIII, 3 — c. 5 C, V, 12 — c. un. § 9, 15 C, V, 13.

(*c*) c. 21 C, V, 12 a meno che non fosser state legalmente alienati (§ 558), nel qual caso si dovrà restituire il prezzo.

(*d*) fr. 10 § 1 D, XXIII, 3.

(*e*) fr. 7 § 1 D, XXIII, 3.

(*f*) fr. 7 § 1, 4 D, XXIV, 3 — c. un. § 9 C, V, 13. Confr. specialmente Hasse nel *Mus. ren.* II, 1, p. 1. Se quindi la dote venne data il primo di giugno e le nozze si celebrarono il primo di novembre, la consegna della dote e le nozze coincidono il primo di novembre, e perciò l'ultimo anno si dovrà computare da questo giorno.

(*g*) D, XXV, 1 *de impens. in rem. dot. factis.*

diche, o prevalersi del diritto di ritenzione, oppure, trattandosi di una dote stata stimata, può ripeterlo mediante la *condictio indebiti* (*h*). Risguardo alle spese *utili*, egli si serve dell'*actio mandati*, se furono fatte col consenso della moglie, ovvero dell'*actio negotiorum gestorum*, s'egli le fece senza di lei consaputa. Le spese infine *voluttuarie* possono venir riprese, purchè ciò sia possibile e purchè staccate offrano al marito qualche utilità (*i*).

Per ciò che risguarda il tempo della restituzione, le cose immobili si devono restituire subito, e le mobili entro un anno dallo scioglimento (*k*).

§ 562.
Dei beni parafernali, e degli utili delle nozze.

Beni parafernali (*bona paripherna*) si chiamano quei beni della moglie che non appartengono alla dote. La moglie ha diritto di disporre liberamente di essi (*a*), cosicchè al marito non ne compete nè l'usufrutto nè l'amministrazione, se la moglie non gliel'accorda (*b*); nel qual caso egli deve impiegare la stessa diligenza che è solito di usare nelle cose proprie (*c*), e renderne conto, finita l'amministrazione (*d*). Per utili delle nozze (*lucra nuptialia*) s'intende tuttociò che uno dei conjugi *a motivo del matrimonio* acquistò della facoltà dell'altro o prima o all'atto della conclusione del matrimonio, o durante lo stesso, o finalmente al tempo del suo scioglimento avvenuto per morte o per dirimazione, sia poi che l'acquisto provenga dalla liberalità del conjuge stesso ovvero dalla disposizione di legge, malgrado la contraria volontà del medesimo (*e*).

§ 563.
Della donazione in causa di nozze (*a*).

Ciò che il marito od un altro per lui dà alla moglie in compenso della dote, e per supplire ai pesi del matrimonio, si chiama donazione in causa di nozze o di matrimonio (*donatio propter nuptias* ovvero *antiphernam*, e prima di Giustiniano *donatio antenuptialis* ovvero *ante nuptias* (*b*). La

(*h*) fr. 5 pr. § 2 D, XXV, 1.

(*i*) c. un. § 5 C, V, 13 *de rei uxor. act.* colla quale disposizione venne abolito il fr. 8 D, XXV, 1 Confr. Glück *Comm.* XXVII, p. 374-454

(*k*) c. un, § 7 C, V, 13. È da notare che talvolta si può ridomandare la dote anche durante il matrimonio, nel caso cioè che le circostanze economiche del marito diventino critiche, fr. 24 D, XXIV, 3 *Solut matr.* Vi sono inoltre dei casi in cui il marito non è obbligato a restituire la dote, ma gli è non pertanto lecito di restituirla senza che perciò si possa dire che vi sia una donazione illecita fra conjugi, come per es. se la moglie abbia da mantenere figli di un altro marito o genitori o fratelli e sorelle che sieno privi di mezzi oppure abbia da liberarli dalla prigionia dei nemici, fr. 20 D, XXIV, 3 — fr. 73 § 1 D, XXIII, 3 *de jur. dot.* Confr. XXVII, p. 246.

(*a*) c. 8, 11 C, V, 14 *de pact. conv.*

(*b*) fr. 9 § 3 D, XXIII, 3 *de jure dot.* — fr. 95 pr. D, XXXV, 2 *Ad leg. Falc.*

(*c*) c. 11 in fine C, V, 14.

(*d*) fr. 95 D, XXXV, 2.

(*e*) c. 3 C, V, 9 *de sec. nupt.* Si confr. con la c. 5 C, eod. Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* — III, 1, p. 93-97.

(*a*) C. J. G. Grolman *Diss. de donat. propter nuptias*, Giessen 1795 — A. G. Foerster *Diss. de origine atque propag. donat. ante nupt. apud. Rom.* Vratisl. 1812 — G. Koch. *Praes.* C. Eicert *Diss. de donat. propter nuptias*, Lipsia 1818 — Burchardi *Intorno lo scopo della donazione prop. nupt.* nell'*Arch. della Prat. civ.* IX, 2, e Löhr nel detto *Arch.* V, n. p. 305, n. 57. Hepp nel *Giorn. crit.* di Tobinga III, 2, p. 241 e G. F. P. negli *Annali* di Schunck V, 3, p. 290 esternarono il loro giudizio critico della citata *Diss.* di Burchardi.

(*b*) Kaufmann *Sui contratti e patti*, Vienna 1821, § LXXIII — Wening III, § 50 — Muhlenbruch II, § 277. In parte sono di opinion diversa Günther II, § 418 e molti altri; ma veggasi § 3 *Inst.* II, 7 *de donat.* - c. V 20 C, 3 *de donat. ante vel propt. nupt.* « *Si igitur et nomine et* substantia *nil distat a dote ante nuptiae donatio.* » — Nov. 61, c. 1, e *Auth. Permissa* C, V, 3 Burchardi propone alla pag. 206 della citata Dissertazione una nuova definizione — Warnkönig nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 1, p. 1-29 cerca di provare

moglie che abbia portata dote, può pretendere una tale donazione dal marito o dal di lui padre (*c*), ed in vero in egual proporzione della dote, cosicchè se la dote si aumenta o si diminuisce, anche la donazione in causa di matrimonio deve aumentarsi o diminuirsi (*d*). È lo stesso che tal donazione facciasi prima o dopo il matrimonio (*e*).

Dallo scopo di questa donazione, segue che l'alienazione delle cose immobili donate è invalida, ad onta del consenso della moglie (*f*), e che questa, se il marito cade in povertà, può rivendicare le cose donate onde percepirne i frutti non solamente dal marito, ma benanche da ogni terzo possessore (*g*). Se alla moglie, dopo sciolto il matrimonio, viene restituita la dote nella sua integrità, in tal caso anche le cose donate in causa del matrimonio ritornano al marito, o suoi eredi (*h*). Ma in tutti i casi, in cui il superstite marito dopo sciolto il matrimonio avrebbe acquistata la dote, acquista la moglie, se essa è la parte superstite, le cose donate in causa del matrimonio, in guisa però ch'ella se vi sono figli, ottiene la proprietà di una porzione virile, e delle altre porzioni acquista soltanto l'usufrutto: che se passa a seconde nozze, si devolve ai figli anche la proprietà della sua porzione virile.

che non vi sia obbligo di costituire la *donat. pr. nupt.* alla moglie, se non alloraquando il marito acquisti, sciolto il matrimonio, la dote, nel qual caso la moglie acquista anche essa, se sopravvive al marito, la suddetta donazione in causa di nozze. Vedi però ciò che osserva in contrario Löhr nello stesso *Arch.* XV, 3, p. 431 e XVI, 1, p. 50.

(*c*) Nov. 74 c. 4 — Nov. 117, c. 4 — Confronta Nov. 91, c. 2.

(*d*) Nov. 97, c. 1, 2.

(*e*) c. 19, 20 C, V, 3.

(*f*) Nov. 61, c. 1, pr. § 1-3.

(*g*) c. 29 C, V, 12 *de jure dot.* — Novella 97 c. 6 § 1.

(*h*) c. 18 C. V, 3 — Nov. 61, c. 1 § 3.

Lo stesso vale della dote che, dopo sciolto il matrimonio, passa al marito (*i*).

§ 564.

Come si possono modificare coi patti nuziali i principj finora esposti intorno la dote o la donazione in causa di nozze.

I patti con cui vengono più precisamente fissatti i diritti fra i conjugi si chiamano, come abbiamo già osservato di sopra (§ 555), patti nuziali (*pacta dotalia*) (*a*). Questi si possono fare non solo dai conjugi stessi, ma benanche dal padre o da un terzo (*b*), e basta per la loro validità il solo consenso, cosicchè non è necessario nè di erigere documenti nè alcun'altra formalità (*c*).

Per ciò che risguarda il contenuto di questi patti, è invalido tutto ciò che è contrario alla dignità del matrimonio, ai buoni costumi ed ai diritti essenziali dei conjugi riguardo alle loro persone riguardo alla dote o alla donazione in causa del matrimonio, come sarebbe:

1. riguardo alla *dote*, il patto che il marito, durante il matrimonio, non abbia a conseguirla (*d*), oppur debba

(*i*) Nov. 98, c. 1 - Nov. 127, c. 3. Marezoll nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ*, III, 1, p. 103, n. III, prova che queste disposizioni valgono non solo pel caso che un conjuge sopravviva all'altro, ma eziandio pel caso che il matrimonio venga sciolto senza colpa dell'uno o dell'altro (confronta il § 136 *cc.*)

(*a*) D, XXIII, 4 *de pactis dotal.* — C, V, 14 *de pact. conv. tam super dot. quam. sup. donat a. n.* Essi hanno quindi per oggetto precipuamente la dote, la donazione in causa di nozze, sebbene anche i diritti delle persone vi possano esser contemplati. Wening. III, § 54. — Glüch XXV, p. 344-351.

(*b*) Confr. in principio del § 559.

(*c*) c. 6 C. V, 11 *De dot. promiss.* — c. un. § 1 e 16 C. V, 13. — c. 13 C. V, 12. Vi sono delle eccezioni rispetto alle persone illustri ed a quelle che vogliono prender per moglie le loro concubine (§ 127).

(*d*) fr. 11, 12 § 1 D. XXIII, 4 *De pact. dot.* — fr. 33 D. II, 14 *De pact.*

restituirla durante ancora il matrimonio o che non percepisca alcun frutto (*e*), che non gli vengano risarcite le spese necessarie (*f*), e sia privo del benefizio del necessario sostentamento (*g*). Ai diritti essenziali della moglie, riguardo alla dote sarebbe contrario il patto che la dote debba, vivente ancora la moglie, passare in proprietà del marito o dei di lui eredi (*h*), che il marito sia risponsabile soltanto pel dolo (*i*), o che restituisca la dote dopo il tempo dalla legge prescritto (*k*);

2. in riguardo alla *donazione in causa di nozze*, è nulla qualunque convenzione che ha di mira una ineguaglianza fra la stessa e la dote (*l*);

3. finalmente sono invalidi i patti circa la futura successione dei conjugi (*m*).

TITOLO II.

Patti pretorj.

§ 565.

Del patto De jurejurando (*a*).

Il *patto di giuramento* (*b*) ha luogo quando i contraenti convengono di definire una lite mediante un giuramento stragiudiziale (*c*). Se l'attore prestò il giuramento come il convenuto glielo ha deferito (*d*), compete a quello un'*actio in factum de jurejurando*, ed al convenuto, se ad esso fu deferito il giuramento dell'attore, compete l'*exceptio jurisjurandi* (*e*).

La remissione del giuramento ha poi lo stesso effetto che la reale prestazione del medesimo, quando il deferente ne dispensò l'avversario (*f*).

Se il giuramento non fu nè prestato nè rimesso, esso non ha verun effetto (*g*). Ma se la lite restò definita, mediante il giuramento, la decisione è ferma ed efficace cosicchè non si può annullare col pretesto dello spergiuro (*h*), eccettuato il solo caso che qualcheduno abbia falsamente sostenuto con giuramento che gli sia stato lasciato un legato od un fedecommesso (*i*).

L'*actio in factum de jurejurando*, quantunque assuma la natura del diritto, che venne confermato col giuramento (*k*), resta non di meno soltanto personale (*l*).

§ 566.

Del patto di ricetto dei padroni di barca, degli osti, e degli stabularj (*a*) (receptum).

Il patto di ricetto (*receptum*) è un

(*e*) fr. 21 § 1 D. XXIV, 1 *De donat. inter vir. et uxor.*

(*f*) fr 5 § 2 D. XXIII, 4.

(*g*) Il marito cioè può esigere il mantenimento necessario, mediante eccezione, s'esso viene chiamato in Giudizio per la retrodazione della dote. fr. 14 § 1 D. XXIV, 3 *Solut. matrim.* Si confr. il § 647.

(*h*) fr. 2 fr. 26 § 2 C. XXIII, 4. — fr. 1 § 1 D. XXXIII, 4 *De dot. praeleg.* — c. 3, 6 C. V, 14.

(*i*) fr. 6, 29 pr. D. XXIII, 4.

(*k*) fr. 14-18 D. XXIII, 4.

(*l*) c. 9, 10 C. V, 14. — Nov. 97, cap. 1.

(*m*) fr. 16 D. XXXVIII, 16 *De suis. et legit her.* — c. 15 C, II, 3 *de pactis* — c. 5 C, V, 14 — c. 3 C, VI, 20.

(*a*) J. F. Malblanc *doctrina de jurejurando*, Norimberga 1781, § 35-40 — Zirkler *Saggi intorno il giuramento volontario estragiudiziale*, nel *Magazz.* di Grolman I, p. 429-438 — Glück XII, p. 233.

(*b*) Alcuni, fra gli altri Bucher nel suo *Diritto delle Obblig.* § 126, sono di opinione che in questo caso vi sia un contratto innominato: *facio* (juro) *ut des vel facias.*

(*c*) fr. 1, 2, 17, pr. fr. 26 § 2 D, XII, 2 *de jurejur sive volunt. sive necess. sive judic.*

(*d*) fr. 3 § 4, fr. 4, fr. 5 pr. D, XII, 2.

(*e*) § 8, 11 *Inst.* IV, 6 *de action.* e Theophil. *Paraphr. ad hos paragr.* — fr. 9 § 1, fr. 11 § 1, fr. 28 § 10 D, XII, 2 — c. 8 C, IV, 1 *de reb. cred. et jurejur.*

(*f*) fr. 6, fr. 9 § 1 D. VII, 2.

(*g*) fr. 5 § 4 D, eod.

(*h*) c. 1, C, IV, 1.

(*i*) c. 13 C, eod.

(*k*) fr. 11 § 1, fr. 13 § 3-5 D. XII, 2.

(*l*) § 8 *Inst.* IV, 6 — fram. 11 § 1, fr. 30 pr. D. XII, 2.

(*a*) Wolters, Dell'*actio ex recepto* relativamente

patto pretorio (*b*), con cui i padroni di barca (*c*), gli osti (*d*), e gli stabularj (*e*) assumono la custodia delle cose dei viaggiatori (*f*). Per essere l'affare bilaterale, essi sono veramente responsabili soltanto della colpa (*g*); ma il Pretore estese i loro obblighi, cosicchè essi rispondono di qualunque danno praticato dai loro servi o dai viaggiatori nelle cose dei forestieri da loro ricevute (*h*); ma se il danno successe fuori della nave, dell'osteria o della stalla (*i*), in tal caso non sono tenuti a risarcirlo, come non lo sono neppure se il danno è accidentale (*k*). Fece il Pretore questa disposizione per reprimere la mala fede di simil gente (*l*), attesa la necessità di fidarsi ad essi, e di rimettere le proprie cose alla loro custodia (*m*).

Del resto, è lo stesso che le cose dei viaggiatori sieno state prese in consegna dalle suindicate persone medesime, o dalla loro gente di servizio (*n*), e che ne sia stato pattuita, o no, una mercede (*o*).

Ma se dichiararono preventivamente che ognuno dei viaggiatori presti attenzione alle cose proprie, e che essi non vogliono rispondere di alcun danno, in tal caso non possono venir impetiti se i viaggiatori assentirono a tale dichiarazione (*p*).

Da questo patto di ricetto nasce l'*actio de recepto*, tendente ad ottenere la restituzione delle cose affidate, ovvero il loro equivalente (*q*) (confronta § 599).

TITOLO III.

Patti accessorii (*pacta adjecta*).

§ 567.

Del patto addictionis in diem (*a*).

Il patto *addictionis in diem* è quel patto accessorio con cui si stabilisce che il venditore possa recedere dalla vendita nel caso che qualcheduno gli offra migliori condizioni (*b*). La compra-vendita si può fare sotto una condizione resolutiva o sospensiva (*c*); in dubbio si presume la prima (*d*), verificandosi la quale si può, in regola, rivendicare la cosa consegnata (§ 494 *i*).

Affinchè questo patto accessorio abbia effetto, si richiede che vi sia un altro compratore (*e*), ch'egli offra migliori condizioni (*f*), e che il venditore le accetti (*g*), poichè gli è anche concesso di rifiutare la miglior offerta, se non fu diversamente pattuito. Tuttavia il venditore deve partecipare al primo compratore le migliori condizioni offertogli, affinchè anch'egli

agli albergatori come quelli che ricevon le cose. Amb. 1804.

(*b*) Intorno ad altre definizioni veggasi *Mag. civ.* di Hugo I, p. 174, 175 e 210.

(*c*) Per padrone della nave qui s'intende quello che tiene nave propria o d'altrui per la sua professione, e ne trae profitto, fram. 1 § 2 D, IV, 9 *Nautae, caupon stabul. ut recepta restit.* comb col fr. 1 § 15 D. XIV, 1 *de exercit. act.*

(*d*) fr. 1 § 5 D, IV, 9.

(*e*) fr. 1 § 5, fr. 5 pr. D. eod.

(*f*) fr. 1 pr. D, eod.

(*g*) fr. 3 § 1 D, eod.

(*h*) fr. 3 § 1, fr. 5 § 1 D, eod. — fr. 1 § 8, fr. 2, fr. 3 pr. D, eod. Non ostano il fr. 6 § 3 D, eod. e il fr. un. § 6 D, XLVII, 5 *Furti advers. naut. caup. stab.* Confr. Glück VI, p. 117 e 118.

(*i*) fr. 7 pr. D, IV, 9.

(*k*) fr. 3 § 1 D, eod.

(*l*) fr. 3 § 1 D, eod.

(*m*) fr. 1 § 1 D, eod. — Confr, Guyet nell'*Arch. della Prat. civ.* XVII, 1, p. 41-52 intorno all'apparente contraddizione fra questo passo e fram. un. § 6 D. XLVII, 5 *Furtis adversus nautas*.

(*n*) fr. 1 § 2, 3, 5 D, eod.

(*o*) fr. 3 § 1, fr. 6 pr. D, eod.

(*p*) fr. 7 pr. D, eod.

(*q*) fr. 1 § 3, fr. 3 § 1 e 5 D, eod.

(*a*) D, XVIII, 2 *de in diem addictione.* Müller nelle sue *Diss. civ.* I, Giessen, 1833, p. 267-301.

(*b*) fr. 1 D, eod.

(*c*) fr. 2 pr. fr. 4 § 5 D. eod.

(*d*) fr. 2 § 4 D, XLI, 4 *Pro emtore.*

(*e*) fr. 4 § 5, fr. 6 pr, fr. 14 pr. D, XVIII, 2 *de in diem. addict.*

(*f*) fr. 4 § 5, 6, fr. 5, fr. 15 § 1 D, eod.

(*g*) fr. 9 D, eod.

possa in egual misura migliorare la sua offerta (*h*).

Se non fu stabilito il tempo entro cui il venditore può accettare una migliore offerta, segue dai principii generali che questo diritto si estingue soltanto colla prescrizione.

§ 568.
Del patto commissorio.

Il patto commissorio (*pactum commissorium, lex commissoria*) (*a*) è quel patto con cui si accorda al venditore (*b*) la facoltà di recedere dalla compra-vendita, qualora il compratore non paghi entro un certo tempo il prezzo (*c*).

Sta in arbitrio del venditore, se il compratore cade in mora (*d*), d'impetirlo in base a questo patto, o di rinunziare al diritto nascente dal medesimo, locchè si presume tacitamente avvenuto, se egli dopo spirato il termine al pagamento esige il prezzo (*e*), o accetta il residuo di esso (*f*) il venditore deve decidersi appena che si verifica la mora, nè più gli è permesso di variare la sua scelta (*g*).

Anche questo patto si può aggiungere alla compra-vendita tanto in modo sospensivo che resolutivo: in dubbio si presume quest'ultimo (*h*).

Se il compratore all'evenienza della condizione risolutiva preferisce lo scioglimento del contratto, gli compete, giusta i principii generali (*i*), l'azione di rivendicazione, se la condizione era concepita in maniera « *che la compra-vendita fosse da considerarsi come non fatta* » (*k*), senza bisogno della clausola, che il compratore debba perdere anche la data caparra (*l*).

Del resto, è da osservare che il compratore perde già per legge la caparra, se il venditore preferisce lo scioglimento della compra-vendita (*m*); ma non perde però mai quella parte del prezzo ch'egli pagò in adempimento del contratto, se non fu diversamente stipulato, nel qual caso per altro il prezzo vien compensato coi frutti (*n*).

§ 569.
Patto di pentimento.

Il patto di pentimento (*pactum poenitentiae* ovvero *displicentiae*) è quel patto accessorio aggiunto al contratto di compra-vendita, in virtù del quale è permesso ad ambedue i contraenti, in caso che si pentano, di recedere dal contratto.

Se non fu altrimenti pattuito, si deve far uso di questo diritto entro sessanta giorni utili (*a*). Se il patto fu concepito in maniera che in caso di pentimento debbasi restituire la cosa venduta, allora ha luogo l'azione personale in base alla vendita (*b*); ma se invece fu stabilito che la cosa debbasi considerare come non comperata, allora si ritiene come non mai fatto

(*h*) fr. 8 D, eod.

(*a*) D. XVIII, 3 *de lege commissoria* — Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 2, p 237. — Müller nelle sue *Dissert. civ.* I, p. 301-316.

(*b*) Se il patto commissorio fu aggiunto al contratto di pegno, vedi il § 631.

(*c*) fr. 4 pr. D, h. t.

(*d*) fr. 4 § 4, fr. 8 D, eod.

(*e*) fr. 7 D, eod.

(*f*) fr. 6 § 2 D, eod.

(*g*) fr. 4 § 2, fr. 7 D. eod.

(*h*) fr. 1 D, eod. — fr. 2 § 3 D, XLI, 4 *Pro emt.*

(*i*) fr. 3 D, XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 2 § 5, D, XLI, 4 Confr. anche il § 1049, *g*.

(*k*) fr. 8 D. XVIII, 3 h. t. — c. 1 C. IV, 54 *de pact. inter emt.*

(*l*) Come opina Zimmern nell'*Arch. della Prat. civ.* V, 2, p. 237, ma Müller p. 306-311, dimostrò che nei passi citati nella nota antecedente non conviene rilevare la parola « *caparra* », il che si evince anche dalla c. 4, C. IV, 54 concepita in termini generali.

(*m*) fr. 6 pr. D, h. t.

(*n*) fr. 4 § 1 D, eod. comb. colla c. 6 C. IV, 54 Confr, Glück XVI, p. 284.

(*a*) fr. 31 § 22 D, XXI, 1 *de aedil. edict.*

(*b*) fr. 6 D. XVIII, 5 *de rescind. vend.* — fr. 31 § 22 D. XXI, 1.

il contratto principale, e perciò ha luogo l'azione rivendicatoria (*c*).

§ 570.
Patto di prelazione.

Il patto di prelazione (*pactum protimiseos*) ha luogo quando il venditore si riserva il diritto di acquistare a preferenza di altri la cosa venduta che il compratore vuole nuovamente alienare.

Siccome questo diritto può nascere non solo da un patto, ma benanche da un testamento e da una legge; così esso distinguesi in convenzionale, testamentario e legittimo (*a*).

Affinchè il patto abbia effetto, deve il venditore adempiere le stesse condizioni offerte da altri (*b*). Ma se la cosa fu alienata senza che il venditore ne sia stato avvertito, in tal caso ha luogo soltanto una azione personale contro il primo compratore, e non mai una reale contro il terzo possessore (*c*), tranne se il venditore si fosse riservato sulla stessa un diritto reale (§ 573).

§ 571.
Patto di rivendita, e di ricompra.

Il patto di rivendita (*pactum de retro vendendo*) è quel patto accessorio, con cui il compratore promette di rivendere in seguito al venditore la cosa comprata; ed il patto si ricompra (*pactum de retro emendo*) è quello con cui il venditore promette di comperare in seguito nuovamente la cosa venduta. Anche da questi patti nasce soltanto un'azione personale, tranne se il venditore, come già osservammo nell'antecedente paragrafo, si fosse riservato un diritto reale sulla cosa stessa (*a*).

Ora se una cosa viene ricomprata o rivenduta, deve sempre venir consegnata con ogni sua pertinenza, e l'altro contraente deve pagarne il prezzo. Se fu già convenuto un prezzo determinato al momento che fu conchiuso il patto, resta fermo un tal prezzo: ma si devono risarcire le spese necessarie, ed anche le utili, in quanto la cosa apparisca per esse migliorata (*b*). Se poi non fu stabilito un prezzo determinato, sembra che la cosa debba venir consegnata al prezzo che corre (*c*), mentre la rivendita è un nuovo contratto di compera, nel quale d'altronde si ha naturalmente riflesso alle spese già fatte.

§ 572.
Del patto de non alienando.

Il patto *de non alienando* ha luogo quando il compratore rinunzia al diritto di alienare la cosa comprata (*a*). Circa gli effetti di questo patto abbiamo già parlato altrove (§ 198).

§ 573.
Patto di riservato dominio, e di riservata ipoteca.

Il patto di riservato dominio, e di riservata ipoteca; ha luogo quando il venditore di una cosa se ne riserva la proprietà (*a*), ovvero si riserva una

(*c*) fr. 3 D, XVIII, 1 *de contr. emt.* — fr. 2 § 5 D, XLI, 4 *Pro emtore.* — Zimmern nell'*Archivio della Prat. civ.* V. 2, p. 248.

(*a*) Per legge compete il diritto di prelazione p. e. al proprietario di un fondo enfiteutico (§ 228) ed al fisco rispetto ai metalli scavati dai sudditi, c. 1 C. XI, 6 *de metallar.*

(*b*) c. 3 C. IV, 66 *de jure emph.*

(*c*) fr, 75 D. XVIII, 1 *de contr. emt.*

(*a*) fr. 12 D. XIX, 5 *de praescr. verb.* — c. 2 C. IV, 54 *de pactis inter emt. et vend.*

(*b*) Thibaut *Sistema del Diritto delle Pandette* § 957.

(*c*) arg. fr. 58 (57) in fine D, II, 14 *de pactis.* Assai discordi sono del resto i Giureconsulti in proposito. Confr. Thibaut § 957 nota *r* — Glüch XVI, p. 218-224.

(*a*) arg. c. 9 C, IV, 54 *de pact. inter. emtore et vend.*

(*a*) fr. 7 § 3, fr. 8 D. XXIII, 3 *de jure dot.* È assai controverso se l'effetto di un tal patto sia in dubbio sospensivo o risolutivo. Geyso nel

ipoteca sulla cosa venduta (*b*), finchè il compratore abbia adempiuto ad ogni suo obbligo.

Giorn. del Dir. e Proc. civ. V, 2 p. 161 e Duncker nel *Mus. ren.* V, 1, pag. 65 e V, 2, pag. 116 sostengono che abbia effetto sospensivo. Müller nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 2, p. 247 e nella *Dissert.* sopra citata I, p. 1, dice all'incontro che nella compra in dubbio si debba ritenere un tal patto per una condizione risolutiva, perchè il venditore non ha d'uopo del patto di riservato dominio per sospendere la trasmissione della proprietà, mentre a tale oggetto basta semplicemente ch'esso non faccia credito del prezzo ed aggiunge un tal patto, ove questo avesse effetto sospensivo, il creditore distruggerebbe l'effetto di aver fatto credito pel prezzo, locchè non si può ammettere. Secondo questo autore adunque il patto di conservato dominio coinciderebbe nei suoi effetti colla legge commissoria, ed avrebbe una indole sua propria solo nel caso che non avesse determinato il giorno del pagamento, il qual giorno nella legge commissoria dev'essere necessariamente fissato, e quindi il patto di riservato dominio avrebbe la sua efficacia soltanto allorchè chi ricevette la cosa sia divenuto insolvente.

Ma primieramente noi siamo di avviso che, se chi diede in consegna la dote disse di riservarsene la proprietà pel caso che il matrimonio non segua, tanto pei passi di legge sopracitati, quanto per la natura della cosa, la proprietà non sia mai passata in chi ricevette la dote, locchè per analogia deve valere anche in altri negozii legali, ad eccezione della compera, atteso l'effetto peculiare del non far credito del prezzo. Ma però anche rispetto alla compera non ci par ben fondata l'opinione di Müller; poichè fra la legge commissoria ed il patto di riservato dominio, a quanto sembra esistono differenze diverse da quelle da lui indicate. In primo luogo nella legge commissoria talvolta ha luogo solo l'azione personale (§ 568), laddove nel patto di riservato dominio il venditore ha sempre l'azione reale. In secondo luogo nella legge commissoria sta in arbitrio del venditore di ripetere la cosa o di lasciar che sussista la compera, locchè nel patto di riservato dominio dipende dal volere del compratore, a cui può talvolta convenire di restituir la cosa. Finalmente non è vero che il venditore ottenga col far credito semplicemente del prezzo tutto ciò che otterrebbe col patto del riservato dominio; poichè se fece credito del prezzo, esso non può rivendicare immediatamente la cosa consegnata, ma deve domandare al debitore il pagamento del prezzo di cui gli fece credito, mentre il compratore prima dell'interpellazione giudiziale o stragiudiziale non è nemmeno in mora (§ 471), e solo, se tale interpellazione non sortì il suo effetto, può in tal caso il venditore rivendicar la sua cosa; laddove invece nel patto di riservato dominio può aver luogo la rivendicazione in qualunque tempo, se il venditore non fece credito del prezzo, e subito trascorso il termine al pagamento, se fece credito.

(*b*) fr. 1 § 4, fr. 2 D. XXVII, 9 *de reb. eor; qui sub. tut.*

§ 574.

Il patto del costituto possessorio.

Il patto del costituto possessorio è quello per cui si lascia al venditore la detenzione della cosa venduta, a titolo di locazione o di usufrutto (§ 187 in fine).

CAPO IV.

Delle obbligazioni derivanti da delitti e da altri motivi di legge che non si possono ridurre ad una classe comune (obligationes ex delictis et variis causarum figuris).

TITOLO I.

Obbligazioni derivanti da delitti.

§ 575.

Veduta generale.

Ci restano ancora ad esporre le obbligazioni *ex delictis et variis causarum figuris;* a quest'ultime appartengono quelle che nascono da un quasi-contratto, da un quasi-delitto, o da altri motivi di legge, che non hanno caratteristica comune. Seguendo quest'ordine, passeremo a svolgere una tale materia.

Un delitto (*delictum, maleficium*) si commette colla trasgressione volontaria di una legge penale. Il delitto poi è pubblico o privato: quello consiste precipuamente in una lesione dello Stato, e perciò si punisce il delinquente con un castigo pubblico; questo consiste principalmente nella offesa di una persona privata, e perciò la pena è stabilita soltanto a favore dell'offeso (*a*).

(*a*) *Inst.* IV, 18 *de publ. judic.* — D. XLVII, 1 *de priv. delict.* — D. XLVIII, 1 *de publ. judic.* C. G. Adolph Gruner *de poenis rom. privatis, eorum-*

I delitti privati che soli spettano al Diritto civile sono specialmente (*b*) i seguenti: il furto, la rapina, il così detto *damnum injuria datum*, e la ingiuria (*injuria*) (*c*).

Se il delitto fu commesso da più persone insieme, sono queste solidariamente obbligate tanto al risarcimento del danno quanto alla pena (*d*), in guisa che riguardo a quest'ultima il pagamento effettuato da uno de' correi non ne libera gli altri (§ 459, *c*). Ma i mentecatti, per un'azione che in altri sarebbe delitto, non sono tenuti nè alla prestazione della pena privata, nè al risarcimento del danno (*e*).

§ 576.
1. *Del furto.*

Il furto si commette (*a*) coll'appropriarsi fraudolentemente una cosa mobile, l'uso o il possesso della medesima, colla intenzione di ritrarne un vantaggio (*b*).

que usu hodierno, Lipsiae 1805. — Kaufmann *Obbligazioni ex delictis et variis causarum figuris*, Vienna e Trieste 1822. Questo autore ci servì di scorta principale.

(*b*) § 12 *Inst.* IV, 6 *de act.*

(*c*) pr. *Inst.* IV, 1 *de oblig. quae ex delict.* — fr. 4 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*d*) fr. 14 § 15, fr. 15 D. IV, 2 *Quod metus causa.* — c. 1 C. IV, 8 *de condict. furt.*

(*e*) fr. 60 D. VI, 1 *de rei vind.* — fr. 5 § 2 D, IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 61 D. XXVI, 7 *de adm. et peric. tut.* — fr. 23, fr. 24 D. XLVII, 2 *de furt.* Non sono contrarii i fr. 4 D. IX, 1 *Si quadrup. paup. fecisse dic.* — fr. 5 § 2 comb. col fr. 33 § 1 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 25 § 2 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebell.* — fr. 46 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — fr. 11 § 2 D. XLVIII, 19 *de poen.* Vedi Weber *dell'obbligazione naturale* § 71 nota 21. — Thibaut *Saggi* II, p. 209-214. — Glück X, p. 294-299. Rispetto al risarcimento del danno alcuni sono di opinione differente, come per es. Wehrn nell'opera intitolata: *Doctrina jur. expl. princip. et caus. damni*; p. 8 Vedi Kaufmann § LXXXI, nota *b*.

(*a*) Gaji III, § 183-208 — *Inst.* IV, 1 *de oblig., quae ex delict.* — D. XLVII, 2 - C. VI, 2 *de furtis* — C. D. Erhard *de furti notione per leges constituta adcuratius definienda*, Lips. 1806.

(*b*) § 1, 6 *Inst.* IV, 1 *cit.* — fr. 1 § 3, fr. 39 (40) fr. 52, (53) § 19 D. XLVII, 2 *cit.*

Oggetto del furto adunque è una cosa mobile, tanto propria (*c*), che d'altrui (*d*), ed inoltre il diritto di uso (*e*) e quello di possesso: quest'ultimo, secondo Teofilo (*f*), quando quello che acquistò il possesso di una cosa per titolo di pegno o di deposito, incomincia a possederla arbitrariamente come proprietario (*g*); ciocchè deve valere per analogia anche dell'enfiteuta, e di quello che detiene una cosa a titolo di precario.

Il furto si appella manifesto, o non manifesto (*manifestum et non manifestum*), secondo che il ladro viene appreso o no prima che esso porti la cosa rubata nel luogo da lui destinato (*h*).

Le azioni nascenti dal furto sono la *condictio furtiva*, e l'*actio furti* (*i*), le quali differiscono fra loro specialmente in ciò che segue: la *condictio* compete soltanto al proprietario (*k*) con esclusione perfino del creditore pignoratizio (*l*); laddove l'*actio furti* compete a tutti quelli che furono pregiudicati col furto, come per esempio

(*c*) § 7 *Inst.* II, 6 *de usucap.* — fram. 25 pr. D. XLVII, 2.

(*d*) § 10 *Inst.* IV. 1. « *Aliquando autem etiam suae rei furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.* » fr. 15 § 1, fr. 19 § 6 D. XLVII, 2 h. t.

(*e*) p. e. « *Si is, apud quem res deposita est, ea re utatur, vel is, qui utendam accepit, in alium usum eum transferat.* » § 6, 7 *Inst.* IV, 1 — fr. 40 (41) D. XLVII, 2.

(*f*) ad § 1 *Inst.* IV, 1.

(*g*) Marezoll nell'*Arch. della Prat. civ.* VIII, 2, p. 284. Buchholtz nelle sue *Diss. civ.* dimostra diffusamente la giustezza di tale opinione.

(*h*) § 3 *Inst.* IV, 1 — fr. 2-8, fr. 21 pr., fr. 35 D. XLVII, 2.

(*i*) Confr. Hasse, *La colpa* secondo il Diritto romano § 81-83 e 91. È chiaro per sè che un ladro può esser impetito tanto coll'azione di proprietà che coll'azione *ad exibendum*, fr. 7 § 1 D. XIII, 1 *de condict. furtiv.*

(*k*) fr. 1 D. XIII, 1 eod.

(*l*) Poichè la *condictio incerti*, di cui il fr. 12 § 2 D. eod. che vien riportato per provare il contrario, non è minimamente da confondersi colla *condictio furtiva*, Buchholtz n. 27.

al comodatario, al conduttore ec. (*m*); la *condictio*, come un'*actio rei persecutoria*, tende ad ottenere la restituzione della cosa rubata, od il massimo suo prezzo di stima dal momento che fu commesso il furto (*n*), se per colpa del ladro, od anche per caso (§ 222 nota *r*), non possa più aver luogo la restituzione della cosa in natura; l'*actio furti* ha per iscopo una pena privata che, trattandosi di un furto non manifesto, importa il doppio, e trattandosi di un furto manifesto, importa il quadruplo del valore che la cosa rubata aveva al tempo che fu commesso il furto. Ma se in seguito si aumentò il valore della cosa, si deve risarcire il doppio, o il quadruplo del valore aumentato (*o*).

Finalmente, la *condictio* colpisce anche gli eredi del ladro, non così l'*actio furti* (§ 113) (*p*).

Per non offendere il decoro del vincolo conjugale (*q*), l'*actio furti* non ha luogo fra conjugi. Ma il pretore invece di detta azione introdusse l'*actio rerum amotarum* (*r*), la quale è *rei persecutoria* e personale, e compete al conjuge offeso, o suoi eredi (*s*) contro l'altro conjuge, e tende a conseguire la restituzione di quelle cose, con ogni loro pertinenza che esso avesse rubate nella speranza di ottenere lo scioglimento del matrimonio (*t*), od a conseguire la prestazione di ciò che l'attore abbia stabilito col suo giuramento estimatorio (*u*), nel caso che non possa più aver luogo la restituzione in natura: contro gli eredi dell'impetito per altro l'*actio rerum amotarum* ha luogo solamente in quanto sieno divenuti più ricchi in conseguenza del furto (*v*). Così ottenne il pretore da un canto che restasse illesa la dignità dei matrimonii, e dall'altro canto, che il danneggiato abbia un rimedio legale migliore di quelli che altrimenti avrebbe avuto, quali sarebbero l'azione rivendicatoria, o l'azione ereditaria, una *condictio*, ovvero *actio in factum* (*x*). Poichè, prescindendo che nell'*actio rerum amotarum* la stima del danno si fa nel modo stesso che nell'*actio de dolo*, quell'azione è più vantaggiosa delle altre anche pel motivo che non ha luogo il benefizio del necessario mantenimento (*y*), che in altri casi compete ai conjugi (§ 647).

Se il furto seguì senza intenzione di far nascere lo scioglimento del matrimonio, ma in vista della morte creduta vicina dell'altro conjuge, in tal caso, se in seguito venne effettivamente sciolto il matrimonio, compete l'*actio utilis rerum amotarum* (*z*) alla parte offesa, non già però agli eredi, poichè questi devono valersi dell'azione ereditaria, della *condictio ex injusta causa*, ovvero dell'*actio ad exhibendum* (*aa*).

Può tuttavia accadere che anche fra conjugi abbia luogo la *condictio furtiva*, se il furto cioè seguì prima che fosse contratto il matrimonio, ovvero se un conjuge abbia derubata una

(*m*) fr. 14 § 16 D. XLVII, 2.
(*n*) fr. 7 § 1, fr. 8 D. XIII, 1.
(*o*) fr. 50 (51) pr. D. XLVII, 2 *de furt.* — § 5, *Inst.* IV, 1.
(*p*) fr. 2, 7 § 2, fr. 9 D. XIII, 1, comb. col § 1 *Inst.* IV, 12 *de perpet. et temporal. act.*
(*q*) fr. 1, 2 D. XXV, *de act. rer. amot.*
(*r*) Glück XXVII, p. 455 fino alla fine, e XXVIII p. 1-49.
(*s*) fr. 6 § 3 D. eod.
(*t*) fr. 21 § 4, 5 D. eod.
(*u*) fr. 3 § 3, fr. 8 § 1, fr. 29 D. eod.
(*v*) fr. 3 in fine D. eod. - c. 3 C. V, 21 *Rer am.* — Glück XXVIII, p. 13.
(*x*) fr. 6 § 5, fr. 22 § 1, fr. 24, 25 D. eod. — c. 2 C. eod.
(*y*) fr. 21 § 6 D. eod. — fr. 57 D. XLII, 1 *de re jud.*
(*z*) fr. 21 pr. D. eod.
(*aa*) fr. 22 § 1, fr. 6 § 5 D. eod.

persona di cui l'altro conjuge sia diventato erede (*bb*).

Le nostre leggi presuppongono bensì in ogni furto una negligenza da canto del derubato (*cc*), ma ammettono la prova del contrario (*dd*): e perciò la massima sostenuta da alcuni, *che mediante un'aumentata diligenza ed attenzione si possa prevenire ogni furto* (*ee*), non corrisponde nè alla natura della cosa nè alle nostre leggi (*ff*).

§ 577.

2. *Della rapina.*

La rapina (*a*) si commette togliendo con violenza una cosa mobile altrui colla prava intenzione di ritrarne vantaggio.

Anche contro quello che rapisce le cose altrui ha luogo l'azione di furto; poichè chi più prende una cosa altrui contro volere del proprietario, che colui che la toglie per forza (*b*)? Ma la rapina differisce dal furto nei punti seguenti: la rapina non si commette con frode, ma con violenza (*c*), o contro la cosa stessa, o contro la persona (*d*), inoltre non si dà rapina del diritto di uso (*e*), nè si rende colpevole di essa chi toglie ad un terzo con violenza la cosa propria o per tale da esso tenuta (qual pena d'altronde sia stabilita per simile violenza l'abbiamo già accennato altrove) (§ 107).

Dalla somiglianza della rapina e del furto risulta che il rapitore può essere impetito dal proprietario mediante l'azione rivendicatoria, ovvero colla *condictio furtiva* (*f*), ed in generale da qualunque ne abbia interesse coll'*actio furti manifesti* (*g*) ovvero *non manifesti* (*h*). Il Pretore però introdusse un'azione propria anche per questo delitto, la quale si chiama *actio vi bonorum raptorum*, e colla quale si può domandare il quadruplo entro l'anno, e la cosa semplice dopo l'anno. Il quadruplo poi non è tutto pena, mentre vi è compresa anche la rivendicazione della cosa, cosicchè la pena consiste propriamente nella prestazione del triplo (*i*).

L'*actio vi bonorum raptorum* non ha più luogo, se il danneggiato accampò già l'*actio furti manifesti*; ma se egli mediante l'*actio furti non manifesti* ha ottenuto il duplo, egli può ancora domandare il duplo coll'*actio vi bonorum raptorum*, cosicchè in tutto egli non acquista più del quadruplo (*k*) (§ 114, 3).

(*bb*) fr. 3 § 2 D. eod. — Se furono trafugati effetti dopo il divorzio, ha luogo l'azione penale di furto (*actio furti poenalis*), fr. 3 pr. D. eod. Glück XXVII, riporta un caso, in cui anche durante il matrimonio si può proporre l'*actio rer. amotarum.*

(*cc*) fr. 12 pr. fr. 14 § 16 D. XLVII, 2 *de furtis* — fr. 52 § 3 D. XVIII, 2 *Pro socio* — c. 1 C. IV 65 *de loc. cond.* Confr. il fr. 90 pr. D. XLVII, 2 *de furt.*

(*dd*) Hasse *La colpa secondo il Diritto romano* § 84, 89, 91.

(*ee*) Vedi per es. Löhr nella sua *Teoria della colpa*, fr. 72-77.

(*ff*) fr. 14 § 12 D. XLVII, 2 *de furt.* — c. 5, 8 C. IV, 24 *de pign. act.*

(*a*) *Inst.* IV, 2 *de vi bonor. rapt.* — D. XLVII, 9 *Vi bonor. rapt. et de turb.* — C. IX, 33 *Vi bon. rapt.* Chi s'impadronisce con violenza d'una cosa immobile non è reo di rapina, ma dev'essere impetito coll'interdetto *unde vi* o in base alla Legge Giulia *de vi publica, vel privata*, fr. 2 § 1, D. cit. — c. 1 C. cit. — c. 4 C. VIII, 4 *Unde vi.*

(*b*) pr. *Inst.* cit.

(*c*) fr. 2 pr. § 1 D. cit. — fr. 3 § 5 D. XLVII, 9 *de incendio.*

(*d*) fr. 52 § 30 (fr. 54) D. XLVII, 2 *de furt.*

(*e*) § 2 *Inst.* cit. — fr. 2 § 22, 23 D. XLVII, 8 *Vi bonor. rapt.* e Konopack *Instit. di Dir. rom.* § 537.

(*f*) fr. 2 § 26 D. cit. — fr. 10 § 1 D. XIII, 1 *de condict. furt.*

(*g*) fr. 80 § 3 (fr. 82) D. XLVII, 2 *de furt.*

(*h*) fr. 1 D. XLVII, 8 h. t.

(*i*) pr. *Inst.* 2 h. t.

(*k*) fr. 88 (90) D. XLVII, 2 *De furt.* Confr. anche fr 1 D. hujus tit.

§ 578.

3. *Del danno ingiusto.*

Il danno ingiusto (*damnum injuria datum, damnum injuriae*) è quel danno che un uomo libero, astraendo da ogni rapporto derivante da qualche obbligazione, reca ai diritti di un terzo distruggendo o ledendo la cosa altrui, o con qualche altra azione positiva e imputabile (§ 466, *d*), che si possa comparare ad una distruzione o lesione. In causa di un tale danno si può agire contro il danneggiante colla legge Aquilia (*a*), la quale è un Plebiscito (*b*). Dall'addotta definizione si possono derivare i seguenti corollarj:

I. L'azione con cui si reca danno a qualcheduno deve essere ingiusta; non è dunque risponsabile chi lede un altra soltanto col far uso del proprio diritto (*c*).

II. Il danno deve essere cagionato da un uomo libero, ed in ciò esso si distingue tanto dal danno recato da uno schiavo altrui (*noxia*), quanto da quello cagionato da un animale (*pauperies*). Di questo tratteremo nel § 613: quanto al danno prodotto da uno schiavo altrui, il danneggiato può impetire il proprietario attuale dello schiavo pel risarcimento, quand'anche esso non ne fosse stato proprietario al tempo in cui seguì l'offesa (*noxa caput sequitur*; il proprietario per altro ha diritto di cedere all'attore lo schiavo invece di risarcirne il danno (*d*).

III. Si richiede che il danno possa venir imputato a quello che lo recò, e che perciò derivi dalla sua malizia, o da qualsiasi altra sua colpa (§ 466, *d*).

IV. È necessario inoltre che il danno sia stato cagionato con un'ingiusta azione positiva indipendentemente da ogni rapporto di obbligazione (§ 466, *d*).

V. Finalmente deve il danno essere stato cagionato colla distruzione o lesione di una cosa altrui, o con qualche altra simile azione (*e*)

Del resto si dà corso all'azione diretta in base a questa legge specialmente nel caso che qualcheduno abbia recato danno coll'esercizio delle forze corporali. Contro quello che reca danno in qualche altra maniera si suole accordare un'azione utile, ossia analoga (*utilis*), come se qualcheduno abbia tenuto chiuso uno schiavo od un animale altrui sì a lungo che ne sia morto di fame, ovvero, s'ei abbia affaticato un animale talmente e sì lungamente che ne sia scoppiato.

Ma se il danno non sia stato cagionato colle forze corporali, e non ne sia restato leso il corpo di uno schiavo o di un animale, ma sia stato danneggiato qualcheduno in altra guisa; siccome in tal caso non ha luogo nè l'azione Aquilia diretta, nè la utile, così si può proporre un'*actio in factum* contro il colpevole come per esempio se qualcheduno sciolse dalle catene l'altrui schiavo, onde procurargli la fuga (*f*).

Per ciò che risguarda gli effetti legali, non vi è alcuna differenza tra queste tre azioni (*g*).

La legge Aquilia conteneva tre ca-

(*a*) *Inst*. IV, 3. — D. IX, 2 C. III, 35 *De* (*ad*) *leg. Aquil* — Löhr *Teoria della colpa* p. 81-132. Hasse *Della colpa secondo il Dir. rom.* c. 1 e 2.

(*b*) fr. 1 § 1 D. IX, 2 hujus tit.

(*c*) § 2 *Inst.* hujus tit. — fr. 151 D. L, 17 *De reg. jur.*

(*d*) *Inst*. IV, 8 *De noxal oction.* D. IX, 4 eod. — fr. 6 § 1 D. XLII, 1 *De re jud.*

(*e*) fr. 13 *Inst*. hujus tit. — fr. 27 § 5, 13, 17, fr. 41 § 1, fr. 42 D. hujus. tit.

(*f*) § ult. *Inst*. hujus tit. — Confr. anche il fr. 7 § 1, 3, 6-8, fr. 27 § 21, fr. 30 § 3, fr. 33 § 1, fr. 51 pr. D. h. t. — § 11 *Inst* IV, 1 *De oglig., quae ex delict.* — fr. 7 § 7 D. IV, 3 *De dol. mal.* — fr. 14 § 2 D. XIX, 5 *De praescr. verb.*

(*g*) fr. 53 D. hujus tit — fr. 11 D. XIX, 5 — Glück X, p. 335-340. — Wening II, 3 § 311.

pi (*h*), il secondo de' quali era già fuori di uso ai tempi di Giustiniano (*i*), e il cui contenuto ci è ignoto (*k*).

Nel primo capo è prescritto che chi ammazza ingiustamente uno schiavo altrui, od un animale quadrupede di quelli che pascono in greggia (*pecudes*) (*l*), come per esempio una pecora, sia obbligato di pagarne al proprietario il massimo valore dell' ultimo anno (*m*).

Nel capo terzo è stabilito che, se qualcheduno reca del danno ad un terzo in altra guisa che uccidendo schiavi, ed animali quadrupedi che pascono in greggia, sia esso obbligato di risarcire per danno al proprietario tutto ciò che gli fosse stato abbruciato, rotto o rovinato, tenendo per norma il massimo valore che avea la cosa negli ultimi trenta giorni (*n*). Oltre il prezzo stabilito in questa maniera, si deve ancora prestare l' *id quod interest* (*o*).

Se il convenuto nega falsamente di aver recato il danno, l'obbligo del risarcimento si raddoppia in pena appunto del suo negare (*p*).

Quantunque l'azione Aquilia diretta competa soltanto al proprietario (*q*), tuttavia in seguito venne estesa per analogia (*utiliter*) anche a quelli che hanno un diritto reale sulla cosa (*r*). Siccome anche il ferimento di un uomo libero forma una lesione corporale, così si accorda al ferito una *actio utilis ex l. Aquil.* (*s*), ed il giudice mette in contro la mercede medica, e le altre spese impiegate nella guarigione, ed il lavoro che il danneggiato non ha potuto più fare, o non potrà più fare in avvenire per esserne divenuto incapace in causa della lesione. Ma una stima delle ferite, o della riportante deformità, non ha luogo, perchè il corpo di un uomo libero non è soggetto di estimazione (*t*).

Del resto le leggi statuiscono la presunzione, che il danneggiato mediante maggior premura o diligenza non abbia potuto prevenire il danno: chi dunque sostiene il contrario ne ha il carico della prova (*u*). Confronta ancora § 467, I.

§ 579.

4. *Delle ingiurie* (*a*).

Un'offesa nell'onore (*injuria*) in sen-

(*h*) Vedi Theophili *Paraphr. ad pr. Inst.* hujus tit. e J. H. Mylius *Diss. posthum. de trib. Leg. Aquil. capitibus* (*adj. Theoph. paraphr.* T. II, p. 1101-1103 *edict. Reiz*).

(*i*) § 12 *Inst.* hujus tit. — fr. 27 § 4 D. h. t. —

(*k*) Intorno alle varie opinioni sul contenuto di questo capo veggasi Gluck *Comm.* X, § 359-364. A tenore delle Instituzioni di Cajo scoperte in Verona, quel capo trattava dell'azione contro il così detto *adstipulator*, che condonò in danno del creditore fraudolentemente il suo credito. Confr. Schweppe *Storia del Diritto Romano* § 305 e 326.

(*l*) *Mag. civ.* di Hugo I, p. 104.

(*m*) pr. *Inst.* hujus tit Confr. § 1, 9 *Inst.* eod. — fr. 2 pr. § 2, fr. 21 pr. § 1, fr. 23 § 3, fr. 51 § 2 D. hujus. tit.

(*n*) fr. 27 § 5 D. hujus tit. Confr. fr. 29 § 6, 8 D. eod. — fr. 13-15 *Inst.* hujus tit.

(*o*) § 10 *Inst.* hujus tit. — fr. 21 § 3, fr 22, fr. 23 pr, § 4, fr. 29 § 3, fr. 33 pr., fr. 37 § 1 D. hujus tit.

(*p*) § 7 *Inst.* III, 27 (28) *De oblig., quae quasi ex contractu nascuntur.* — § 26 *Inst.* IV, 6 *De act.* — fr. 2 § 1, fr. 23 § 10 D. hujus tit. — c. 4, 5 C. III, 35 hujus tit.

(*q*) fr. 2 pr., fr. 11 § 6, fr. 27 § 5 D, IX, 2 h. t.

(*r*) fr. 11 § 10, fr. 12, fr. 17 pr., fr. 30 § 1 D. hujus tit. Quelli che hanno semplicemente un diritto personale, pare che non possano agire in base alla Legge Aquilia, fr. 11 § 9, fr. 35 D. hujus tit. — fr. 7 § 5 D. IX, 3 *De dolo malo.* Non ostan i fr. 13 § 12 D. XIX. *de act. emt.* — fr. 27 § 14, fr. 43 D. h. t. Confr. Hasse p. 322, nota *a*. Son di opinione differente fra gli altri Thibaut *Sistema* § 964 e Glück X, p. 374.

(*s*) fr. 13 pr. D. h. t.

(*t*) fr. 7 D. IX, 3 *de his qui effud.* Conci *Diss. sulla lesione corporale,* Vienna 1784.

(*u*) fr. 19 D. XIII, 6 *Commod.* — fr. 31 pr. D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 40, fram. 41 D. XIX, 2 *Locat.*

(*a*) *Inst.* IV, 4 *de injur.* — D. XLVII, 10 *de in-*

so stretto (*b*) è quella lesione che si fa volontariamente della stima esteriore ad ognuno dovuta (*c*). Chi dunque non può avere una prava intenzione, come i fanciulli ed i pazzi (*d*), o chi fece o disse per ischerzo qualche cosa, che altrimenti sarebbe una ingiuria (*e*), non è reo di questo delitto.

Le offese nell'onore sone ingiurie reali, o verbali: le prime hanno luogo quando si passa a fatti; le ultime quando si pratica a qualcheduno un insulto con parole (*f*).

Le ingiurie sono inoltre immediate, o mediate; le prime risguardano direttamente la persona offesa, e le ultime colpiscono le persone che si ritrovano sotto la potestà privata di un altro, o sono altrimenti in stretta relazione con lui: così per esempio se vennero offesi la moglie, la nuora, i figli o gli schiavi di un padre di famiglia, questi soffre una ingiuria mediata (*g*), se l'offensore conosceva tali rapporti; poichè se qualcheduno ritiene per vedova una persona, mentre sussiste ancora il matrimonio, non si può presumere che con un'ingiuria ad essa praticata abbia voluto offendere anche il conjuge (*h*). Nel caso di un'ingiuria mediata compete un'azione tanto all'offeso immediatamente, quanto all'offeso mediatamente, e la remissione fatta da uno non pregiudica al diritto dell'altro (*i*).

Finalmente le ingiurie si distinguono in gravi (*atroces*) ed in lievi (*leves*), e la loro gravità venir deve giudicata dal fatto stesso, dalla persona offesa, dal luogo e dal tempo dell'ingiuria (*k*).

Dall'ingiurie nascono due azioni. Una di queste è pretoria, e si chiama azione estimatoria (*actio aestimatoria*); con essa i Pretori accordavano a quelli che erano stati ingiuriati di valutare la ingiuria; cosicchè il giudice condannava l'offensore a quanto l'offeso valutava la ingiuria sofferta, od anche a meno se la stima gli sembrava troppo alta (*l*).

Ma anche la legge Cornelia introdusse un'azione d'ingiuria, la quale ha luogo quando taluno sostiene di essere stato percosso, o qualcheduno siasi con violenza intruso in sua casa (*m*), nel qual caso la condanna dipende dell'equo parere del giudice (*n*). Ambedue queste azioni si estinguono:

1. se l'offeso tosto ch'ebbe ricevuta l'ingiuria non se ne sia risentito (*o*), o l'abbia perdonata posteriormente (*p*);

2. colla morte dell'offensore o dell'offeso, tranne se prima della morte dell'uno o dell'altro abbia avuto luogo la contestazione della lite (*q*) (§ 113);

3. trascorso un anno dal momento della sofferta ingiuria (*r*).

jur. et famos. libell. C. IX, 35 *de inju.* 36 *de famos. libell.* — Weber *Sulle ingiurie e i libelli*, Schwerin e Wismar, ultima edizione Lips. 1820, Walter *Dell'onore e delle ingiurie secondo il Dir. rom. nel nuovo Arch. del Dir. crim.* T. IV, pag. 109-140 e 241-308. — Gensler nell'*Arch. della Prat. civ.* I, 1, p. 115.

(*b*) In senso lato nei fonti si chiama ingiuria tutto ciò che non è consono al diritto, e in questo senso sono da prendere le parole della legge Aquilia: *damnum injuria datum*, pr. *Inst.* h. t. - fr. 1 pr. D. h. t.

(*c*) fr. 26 D. h. t. — c. 5 C. h. t.

(*d*) fr. 3 § 1 D. h. t.

(*e*) fr. 3 § 3 D. eod.

(*f*) fr. 1 § 1 D. h. t. Confr. anche il fr. 5 p. D. eod. e § 1 *Inst.* h. t.

(*g*) fr. 1 § 3 D. h. t. Confr. fr. 55 § 24, fr. 18 § 2 D. eod. — § 2-6 *Inst.* eod.

(*h*) fr. 18 § 45 D. eod.

(*i*) fr. 1 § 9 D. eod. — fr. 30 pr. D. II, 14 *de pactis*.

(*k*) § 9 *Inst.* h. t. — fr. 7 § 7, 8, fr. 8, 9 pr. § 1, 2 D. eod.

(*l*) § 6 *Inst.* h. t.

(*m*) § 8 *Inst.* h. t.

(*n*) fr. 37 § 1 D. eod.

(*o*) § 12 *Inst.* h. t. — fr. 11 § 1 D. eod.

(*p*) fr. 11 § 1, fr. 17 § 6 D. eod.

(*q*) fr. 13 pr., fr. 15 § 14 D. eod.

(*r*) c. 5 C. h. t. Alcuni, come per es. Wening

TITOLO II.

Delle obligazioni che nascono da un quasi-contratto.

§ 580.

Veduta generale.

Nelle Instituzioni (*a*) si fa menzione, ad esempio di Cajo (*b*), di obbligazioni che non nascono propriamente da contratti: siccome però tali obbligazioni non sono originate da un delitto, così si ammette che nascano quasi da un contratto, vale a dire che qualcheduno sia obbligato in guisa come s'egli abbia conchiuso un contratto, comunque in effetto non ne abbia conchiuso alcuno. I Giureconsulti esprimono questi casi col nome di quasi-contratti, i quali hanno questo di comune, che tutti si fondano sopra una legge (*c*) e che producono azioni somigliantissime a quelle che sono proprie dei contratti.

II, 3, § 327 opinano diversamente a motivo dell'azione della legge Cornelia, che secondo essi dura 30 anni.

(*a*) *Inst.* III 27 (28) *de oblig. quasi ex contractu.*

(*b*) fr. 5 pr. § 1-3 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

(*c*) Non in un finto consenso, come insegnavano gli antichi Giuristi (Cujac. al fr. 23 D, L, 17, — Heinecii *Elementa juris civ. sec. ord. Pand.* lib. XII, t. 5 § 49), poichè le leggi non riconoscono un tale consenso. I Giureconsulti de' tempi andati fingevano che esista consenso in certi casi, in cui esso in realtà non vi è, e perfino non vi può essere. Ma siccome stando alla loro stessa opinione ogni finzione presuppone tanto una legge che le serva di base, quanto la possibilità che ciò che si finge possa anche essere in effetto e siccome qui mancano amendue questi estremi, così è chiaro che una tale finzione non è punto ammissibile. Kaufmann *Delle obbligazioni* § XXIII. Si noti inoltre che gli antichi Giuristi ritennero un numero maggiore di quasi contratti di quello che si trova nelle Leggi, il che è contratrio alle regole della interpretazione del Diritto singolare (§ 32). Fra i moderni vi furono alcuni (p. e. Hübner nella sua *Diss. de oblig., quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur, natura conjecturae*, Lips. 1802) che tentarono di dare una definizione logica dei quasi-contratti, ma invano, non avendo essi una differenza ultima comune. Thibaut *Sistema* § 967.

Secondo le Instituzioni, appartengono ai quasi-contratti:

1. l'amministrazion degli affari altrui senza mandato;
2. la tutela, di cui già abbiamo trattato;
3. l'amministrazione di una singola cosa comune;
4. l'amministrazione di una eredità comune;
5. l'azione di eredità, e
6. il pagamento di un indebito: aggiungeremo a queste ancora alcune altre materie affini.

§ 581.

1. Gestione di affari senza mandato: sua nozione e requisiti.

La gestione di affari senza mandato (*negotiorum gestio*) (*a*) è l'amministrazione gratuita di un affare altrui, che non ci fu commesso, o che lo fu soltanto invalidamente. Chi tratta l'affare si chiama amministratore dell'affare (*negotiorum gestor*); e quello a cui l'affare appartiene si chiama padrone dell'affare (*negotii dominus*).

I. La gestione di affari ha dunque luogo mancando il mandato, od essendo nullo lo stesso mandato rilasciato (*b*). Se qualcheduno ha commesso a taluno un affare di un terzo nascono due rapporti legali, cioè un mandato per parte del mandante, ed una gestione di affari per parte del padron dello affare (*c*). Anche il curatore è obbligato verso il suo curando come un amministratore (§ 177). La gestione di un affare senza mandato, quantunque venga in seguito approvata dal padron dell'affare, non si converte però in un mandato riguardo all'amministratore; bensì è da riguar-

(*a*) D. III, 15. — C. II, 19 *De negot. gest.*

(*b*) fr. 19 § 2, fr. 32, fr. 36 D. hujus tit. — fr. 14 § 15 D. XI, 7 *De religios.*

(*c*) fr. 3 § ult., fr. 4 D. hujus tit. — Thibaut *Saggi di Dir. civ.* n. 20.

darsi il padrone dell'affare qual mandante (*d*).

II. Sebbene la gestione dell'affare si eseguisce gratuitamente (confr. § 551, *a*), tuttavia si presume che il gerente non abbia avuto la intenzione di donare le spese fatte in vantaggio del padron dell'affare, poichè in tal caso non gli competerebbe alcun'azione contro quest'ultimo (*e*).

§ 582.

Obblighi del gerente l'affare.

1. L'amministratore è obbligato di condurre a termine l'affare intrapreso, anche dopo la morte del padron dell'affare (*a*); ma non è poi obbligato di eseguire gli affari che non sono in connessione con quello (*b*), tranne se per suo riguardo si astenne ogni altro dall'assumere quegli altri affari e se una persona diligente gli avrebbe assunto unitamente a quello ch'esso già trattò (*c*).

2. egli deve render conto, e riconsegnare tutto ciò che pel motivo della gestione dell'affare si trova aver in mano di proprietà del padron dell'affare (*d*);

3. per qual colpa sia risponsabile, e quando debba pagare interessi, se lo può desumere da ciò che fu detto ai §§ 467 *d* e 476; soltanto dobbiamo aggiungere ch'egli è responsabile anche pel caso che abbia trattato in nome del padrone un nuovo affare, che questi non era altrimenti solito ad eseguire (*e*), ovvero s'egli intraprese qualche cosa contro il divieto del padrone dell'affare (*f*).

(*d*) Confr. fr. 9 in fine D. hujus tit. c. 9 C. eod. — fr. 60 D. L, 17 *De reg. jur.* Thibaut *Sistema* § 139 e *Saggi* II, 10 — Wening II, 3 § 258. Per tal guisa la regola generale (§ 86) va soggetta a limitazione rispetto all'amministrazione degli affari altrui senza mandato.

(*e*) fr. 4, fr. 27 § 1, fr. 44 D. h. t. — c. 11, 12, 15 C. eod.

(*a*) fr. 21 § 2, fr. 31 § 2 D. h. t.

(*b*) c. 20 C. h. t.

(*c*) fr. 6 § 12 D h. t.

(*d*) fr. 2, fr. 8 § 1 D. eod. — § 1 *Inst.* IV, 27 (28) *de oblig. quasi ex contr.*

§ 583.

Obblighi del padrone dell'affare.

Il padrone dell'affare è obbligato di liberare l'amministratore da tutti gl'impegni presi pel buon fine della gestione dello affare, e di risarcirgli le spese tanto necessarie che utili (*a*) unitamente agl'interessi (§ 476, *p*), quantunque ne fosse andato in seguito per accidente perduto l'utile (*b*). Ma se qualcheduno ha trattato un affare non in favore di un altro, ma per proprio vantaggio (*c*) o per quello di un impubere (*d*), in tal caso egli può pretendere solamente ciò di cui apparisce essersi arricchito il padrone dell'affare

§ 584.

Azioni che nascono dalla gestione di affari.

Il padrone dell'affare si serve dell'*actio negotiorum gestorum directa*, ed il gerente dell'*actio contraria*, la quale ha luogo anche contro di quello che non si può obbligare per fatto proprio (*a*), o nella cui persona il gerente si sbagliò (*b*). Ma l'azione contraria cade intieramente, se la gestione dell'affare non porta alcun vantaggio al padrone (*c*), ovvero se questi in iscritto, od a voce alla presenza di più testimonii, vietò qualsiasi gestione di affari (*d*).

(*e*) fr. 11 D. h. t.

(*f*) fr. 8 § 3 D. eod.

(*a*) fr. 2, fr. 27 pr., fr. 28, fr. 45 pr. D. eod.

(*b*) fr. 10 § 1, fr. 12 § 2, fr. 22 D. eod.

(*c*) fr. 6 § 3 D. eod.

(*d*) fr. 15, fr. 37 pr. D. eod. — c. 2 C. eod.

(*a*) fr. 3 § 5 D. III, 5 h. t.

(*b*) fr. 5 § 1, fr. 6 § 8 D. h. t.

(*c*) fr. 10 § 1, fr. 27 pr. D. h. t.

(*d*) c. 24 C. h. t. — Marezoll nell' *Arch. della Prat. civ.* VIII, 2, p. 265.

§ 585.

Della gestione di un funerale in ispecie.

Una specie di gestione d'affari senza mandato ha luogo non di rado col provvedere ad un funerale (*funeris curatio*) (*a*). Le spese relative devono esser pagate sulla sostanza del defunto (*b*), ed in mancanza dal padre, e poi dal marito (*c*). Ma la cura del funerale incombe a quello che ne fu incaricato dal defunto (*d*); e se questi non ne ha incaricato nessuno, quest'obbligo spetta agli eredi (*e*), e finalmente al padre, ed al marito (*f*). Se nessuno di tutti questi si prese cura del funerale, vi può provvedere ogni estraneo, affinchè i cadaveri non giacciano insepolti (*g*). In questo caso ha veramente luogo una gestione di affari senza mandato; il pretore concede un'azione speciale funeraria (*actio funeraria*) con cui si possono ripetere le spese impiegate pel funerale. Ciò che vi ha di singolare in quest'azione si è ch'essa può venir accampata quantunque il defunto abbia proibito il suo funerale (§ antecedente in fine) (*h*), e che essa ha luogo soltanto sussidiariamente.

Se vi è un altro mezzo legale onde ottenere il rimborso delle spese, non si può accampare l'azione funeraria. Se qualcheduno dunque ha provvisto al funerale in virtù di un mandato, gli compete l'*actio mandati contraria* contro il mandante (*i*) ovvero se uno fra più eredi si è assunto lo incarico del funerale, possono gli altri coeredi venire impetiti coll'azione *familiae erciscundae* in proporzione della loro quota ereditaria (§ 369) (*k*).

Ma non si può ripetere il rimborso delle spese fatte, nei seguenti casi:

1.° Se furono fatte spese colla intenzione di donare (*l*).

2. se per isfregio di un defunto che fosse stato facoltoso, gli si abbia fatto un funerale da pover'uomo (*m*), ovvero finalmente

3. se si è speso di più di quello che si avrebbe dovuto spendere avuto riguardo allo stato ed alla facoltà del defunto; nel qual caso si possono domandare soltanto le spese proporzionate allo stato ed alle facoltà del medesimo, quand'anche tali immodiche spese fossero state fatte per sua volontà (*n*).

(*a*) fr. 1, 14 § 13 D. XI, 7 *de religios.*
(*b*) fr. 12 § 3, fr. 14 § 1, fr. 13, 45 D. cit.
(*c*) fr. 16-28 D. eod.
(*d*) fr. 12 § 4, fr. 14 § 2 D. eod.
(*e*) fr. 12 § 4 D. eod.
(*f*) Confr. la nota *c* di questo §.
(*g*) fr. 12 § 2, 3 fr. 43 D. eod.
(*h*) fr. 14 § 13 D. eod.
(*i*) fr. 14 § 15 D. eod.
(*k*) fr. 14 § 12 D. eod.
(*l*) fr. 14 § 7-9 D. eod.
(*m*) fr. 14 § 10 D. eod.
(*n*) fr. 12 § 5, fr. 14 § 6 D. eod.

§ 586.

2. *L'amministrazione di una singola cosa comune; 3. di una comune eredità.*

In una eredità comune (*communio hereditatis*), come pure in una comunione di cose singole (*communio rerum singularium*), nasce dalla legge l'obbligo alla divisione; dall'amministrazione poi di una cosa comune, e così pure dalla confusione dei confini (*de finibus confusis*), sorge l'obbligo a prestazioni personali. Vi sono perciò tre sorta di azioni divisorie, cioè: l'azione *familia erciscundae,* quella *communi dividundo,* e quella *finium regundorum.*

Nessuno può essere costretto a restare contro sua voglia in una comunione, sia essa accidentale o convenzionale (*a*); cosicchè un patto che por-

(*a*) c. 5 C. III, 37 *Comm. div.* — fr. 8 pr. D. X, 3 eod.

ti il contrario, se non è limitato ad un certo tempo, non può impedire il recesso dalla comunione (*b*) (confronta § 366). L'obbligo alle prestazioni personali nasce da un quasi-contratto. Chi dunque in una comunione accidentale amministra una cosa singola, od una eredità comune, senza avere ottenuta una procura dagli altri cointeressati, ha l'obbligo di render conto, e di dividere i frutti percetti dalla cosa comune, ed è responsabile per ogni negligenza inusitata nelle cose proprie. All'incontro anche gli altri cointeressati devono rimborsarlo delle spese necessarie ed utili fatte per la cosa comune, non altrimenti che se avesse avuto luogo fra loro un contratto (*c*). Al doppio scopo di ottenere la divisione della cosa comune e le prestazioni personali tendono l'azione *communi dividundo*, e quella *familiae erciscundae* (*d*).

§ 587.
L'azione comuni dividundo.

Ciò che nella teoria della divisione della eredità (§ 366-369) abbiamo detto delle persone che possono domandare la divisione (*a*), del modo di dividere (*b*), del tempo in cui si acquista la proprietà della cosa divisa (*c*), e delle cagioni per cui una divisione può essere impugnata (*d*), vale anche dell'azione *comuni dividundo* (*e*). Abbiamo già eziandio esposto (§ 536 in fine) che quest'azione anche in una comunione nata dal contratto di società tende alla divisione delle cose comuni.

Ci resta perciò ancora soltanto ad osservare, che al comproprietario compete l'azione *communi dividundo* diretta, e la utile a quello che è partecipe di altri diritti reali (*f*); ma ai conduttori, o ad altri che hanno soltanto un diritto personale alla cosa comune, non può mai competere l'azione *communi dividundo* (*g*).

Non ha poi luogo quest'azione, ma quella *negotiorum gestorum*, se qualcheduno fece avvertitamente delle spese per una cosa comune, e se poteva amministrare la propria porzione in maniera che non fosse necessario che amministrasse contemporaneamente anche la porzione degli altri (*h*). Finalmente non può aver luogo nè l'azione *negotiorum gestorum*, nè l'azione *communi dividundo*, se qualcheduno abbia amministrato come sua propria una cosa comune, poichè in questo caso egli può ottenere il rimborso delle spese fatte soltanto mediante il diritto di ritenzione (*i*).

§ 588.
L'azione finium regundorum.

Se tra possessori di fondi conterminanti nasce una confusione di confini, compete ad ognuno di essi l'azione *finium regundorum* (*a*), semprechè la confusione derivi dal caso,

(*b*) fr. 14 § 2 D. eod.
(*c*) § 3, 4 *Inst.* III, 27 (28) *de oblig. quae quasi ex contr.*
(*d*) fr. 4 § 3 D. X, 3 — fr. 1 pr fr. 16 § 4, fr. 18 § 3, fr. 19 D. X, 2 *Famil. ercisc.*
(*a*) fr. 1, fr. 4 pr. D. X, 3 *Comm. div.* — c. 17 C. V, 71 *de praed. et aliis rel. minor.*
(*b*) fr. 6 § 10, fr. 10 § 1, fr. 19 § 3, fr. 21 D, X, 3 *Comm. div.* — c. 1, 3 C. eod.
(*c*) § 5, 7 *Inst.* IV, 17 *de off. jud.*
(*d*) c. 3 C. III, 38 *Comm. utriusque jud.*
(*e*) fr. 6 § 11 D. X, 3.
(*f*) fr. 7 § 3, 6, 7 D. eod. — fr. 1 § 8 D. XLIII, 18 *de superfic.* Il comproprietario può far uso di quest'azione ad oggetto di ottener delle prestazioni personali solo nel caso che la comproprietà abbia già cessato per es. per la distruzione della cosa comune, fr. 6 § 1, fr. 11 D. X, 3.
(*g*) fr. 7 § 11 D. eod.
(*h*) fr. 40 D. III, 5 *de negot. gest.* — fr. 6 § 7 D, X, 3 *Comm. div.*
(*i*) fr. 14 § 1, fr. 29 pr. D. X, 3.
(*a*) D, X, 1 — C III, 39 *Finium reg.* — A. F. Reinhard *de finib. regund.* Erford. 1781 — Seweloh *Rettificazione dei confini*, Weimar 1812.

o da un'azione illecita del vicino (*b*). Trattandosi di edifizii e di fondi urbani, tale azione non è ammissibile perchè vengono per lo più separati da parenti comuni (*c*). Essa non ha luogo neppure trattandosi di fondi rustici, se fra due fondi passi una strada pubblica od un fiume, perchè allora il confine viene formato dalla pubblica strada, o dal fiume, anzichè dal campo del vicino. Ma se poi sono intersecati da un rivo privato, allora si può intentare l'azione *finium regundorum* (*d*). Non è finalmente ammissibile quest'azione nel caso che qualunque sappia precisamente i proprii confini, e sostenga che il vicino gli abbia oltrepassati; poichè in tal caso ha luogo l'azione rivendicatoria (*e*).

L'azione *finium regundorum* può aver luogo non solo fra proprietarii, ma eziandio riguardo a fondi enfiteutici, e fra quelli che hanno l'usufrutto, cioè fra l'usufruttuario ed il proprietario del fondo vicino da una parte, e quelli che possedono per diritto di pegno dall'altra (*f*).

Quest'azione tende in principalità a rettificare i confini, e perciò il giudice deve spedire agrimensori, e cercare di verificare i vecchi confini per mezzo di testimonii, documenti e marche di confine (*g*). Se ciò non è possibile, sta in arbitrio del giudice di definire la lite mediante aggiudicazione di proprietà, e perciò s'egli per togliere antiche incertezze ed oscurità vuol fissare i termini in un'altra direzione, può farlo mediante aggiudicazione di proprietà e condannazione, vale a dire, può aggiudicare in proprietà di una parte del fondo dell'altra, ma deve all'incontro condannare all'esborso di una somma determinata quella che in tal modo avrà acquistato una nuova proprietà (*h*).

Quest'azione tende poi in via accessoria ad ottenere delle prestazioni personali, cioè al conseguimento dei frutti, a ricuperare una parte della mercede pagata allo agrimensore, ed in generale al percepimento dell'*id quod interest* (*i*).

Del resto quest'azione, in quanto essa è un'azione rivendicatoria (nota *e* di questo §) che si chiama *actio finium regundorum qualificata*, si estingue in trenta anni; ma la semplice non va soggetta ad alcuna prescrizione (*k*). Confronta anche § 110 nota *d*.

§ 589.
4. *Dell'adizione di eredità.*

L'erede mediante l'adizione dell'eredità, o mediante qualsiasi acquisizione della medesima (§ 359 e 360), resta obbligato verso i legatarii, fedecommessari singolari, e donatari in causa di morte, per la prestazione di ciò che il testatore ha loro lasciato, come se fra lui ed essi avesse avuto luogo un formale contratto (*a*). Quest'obbligo si può estendere per analo-

(*b*) § 6 *Inst.* IV, 17 *de off. jud.* « *v. g. quia lapides finales furatur est, vel arbores finales cecidit.* » *Verum si qui, praeter vicinos,* « *terminos statutos extra suum gradum removerint dolo malo, pecuniaria poena statuta est; nam in terminos singulos, quos ejecerint, locove moverint,* 50 *aureos in publicam dare jubet* (*lex agraria*) *et ejus actionem* (*de termino moto*), *ei, qui volet, esse jubet.* » fr, 3 pr. D. XLVII, 21 *de termino moto.*

(*c*) fr. 4 § 10 D. h. t.

(*d*) fr. 4 § 11, fr. 5, 6, D. eod.

(*e*) c. 1 C h. t.

(*f*) fr. 4 § 9 D. h. t.

(*g*) fr. 8, 11 D. h. t. - fr. 10 D. XXII, 3 *de prob.* — c. 3 C. III, 39 h. t.

(*h*) fr. 2 § 1, fr. 3 D. h. t. Confr. anche § 6 *Inst.* IV, 17.

(*i*) fr. 4 § 1, 2 D. h. t. - fr. 56 § 2 D, X, 2 *Fam. erc isc.*

(*k*) c. 5 C. h. t. Non ripugna la c. ult. C. eod. Confr. Glück X, p. 451.

(*a*) § 5 *Inst.* III, 27 (28) *de oblig. quae ex contr. nasc.* — fram. 3 § 3, fr. 4 D. XLII, 4 *Quibus ex caus. in poss. eatur.* — fr. 5 § 2 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.*

gia anche all'erede diretto relativamente ad un fedecommesso universale, ed ai legatari e fedecommessarii che sieno stati anche essi gravati di qualche peso relativamente a quelli a cui per volontà del testatore devono prestare qualche cosa (*b*).

§ 590.
5. *Del pagamento di un indebito.*

Il pagamento di un indebito (*indebiti solutio*) è la prestazione di ciò che uno non si era in alcun modo obbligato di prestare. Chi dunque per errore pagò qualche cosa, di cui non era in verun conto debitore, può ripetere da chi l'ha ricevuto l'oggetto prestato in natura, od in suo valore, non altrimenti che se egli avesse dato un mutuo (*a*). La parola *pagamento* viene qui presa in senso lato, cosicchè vi si sottintende anche una promessa (*b*) o una remissione (*c*), fatta da chi si credeva per errore obbligato di farla.

L'azione con cui qualcheduno ripete un indebito, si chiama *condictio indebiti* (*d*), i cui requisiti sono i seguenti:

1. un indebito;
2. un errore di chi paga; e
3. buona fede in chi riceve. Noi tratteremo di uno per uno di tali estremi.

§ 591.
A. *Un indebito.*

Affinchè possa aver luogo la *condictio indebiti*, si chiede:

I. che non esista alcuna obbligazione nè naturale nè mista (*a*). Ha luogo però se l'obbligazione naturale sia del tutto riprovata (*b*), o la civile inefficace (*c*) (§ 457).

Del resto, è indebito non solo ciò, di cui generalmente uno non è debitore, ma benanche ciò, di cui è debitore ad uno, e che paga invece ad un altro; o se un terzo, come se fosse egli stesso il debitore, paga ciò che deve un altro (*d*). In egual modo si può ripetere il pagamento fatto di un debito condizionato, finchè la condizione pende (*e*). Se qualcheduno pagò un debito contratto sotto la determinazione di un tempo, si può ripetere soltanto nel caso che sia incerto se quel tempo sia mai per venire o no (*f*). Ma l'attore deve provare ch'egli non era debitore di nulla, tranne se il ricevente avesse negato di non aver ricevuto nulla, e l'attore all'incontro avesse debitamente provato il seguito pagamento, poichè in tal caso tocca a provare al ricevente, che quanto esso ha ricevuto era un vero debito (*g*). La medesima prova incombe al convenuto, se quegli che porta querela pel pagamento di un indebito è un pupillo, o un minorenne, o una donna, o per avventura bensì un uomo di età maggiore, ma soldato, o contadino, od inesperto negli affari della vita civile,

(*b*) c. 1 C. VI, 43 *Comm. de legat.* Kaufmann *delle obbligazioni ex delictis* § XCIII.

(*a*) § 6 *Inst.* III, 27 (28) *de oblig. quae quasi ex contr.* – § 1 *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contr. oblig.* — fr. 5 § 3 D. XLIV, 6 *de oblig. et act.* — Gaji III, § 91.

(*b*) fr. 31 D. XII, 5 *de condict. indeb.* — fr. 1 pr. D. XXXVI, 4 *Ut in poss. legat. vel fideicomm.* — c. 3 C. IV, 5 *de condict. indeb.*

(*c*) fr. 39 D. XII, 6 *de condict. indeb.*

(*d*) D. XII, 6 — C. IV, 5 *de condict. indeb.*

(*a*) fr. 22 pr., fr. 37, fr. 38 pr., fr. 54 D. XII, 6 h. t.

(*b*) fr. 40 pr. fr. 51 D. eod.

(*c*) fr 26 § 3 D. eod. — fr. 66 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*d*) fr. 65 § 9 D. h. t. Ma se taluno ha pagato per un altro credendo di essere a ciò tenuto; esso non ha la *condictio indebiti* contra quello a cui fece il pagamento, ma ha l'azione *negotiorum gestorum* verso quello, pel quale ha pagato, fr. 44 D. h. t. — fr. 12 D. XLVI, 2 *de novat.* — fr. 66 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*e*) fr. 16 D. h. t.

(*f*) fr. 10, 16, 18, 56, 60 D. eod.

(*g*) fr. 25 pr. D. XXII; 3 *de probat.*

od altrimenti semplice e trascurato (*h*): ciò ha luogo però soltanto nel caso che chi ha pagato sostenga che tutta la somma sia stata pagata indebitamente; che s'egli porta querela soltanto per non essere stato debitore di una parte della somma pagata, allora la prova dell'indebito incombe sempre a lui solo (*i*).

Se qualcheduno ha rilasciato ad un terzo un chirografo senz'aver ricevuto nulla da lui, bisogna distinguere se in quello sia espressa o no una causa determinata del debito; nell'ultimo caso l'attore ossia l'autore del chirografo viene dispensato dalla prova dell'indebito, non così nel primo (*k*).

§ 592.

B. *Errore di chi paga.*

II. Si richiede un errore per parte di chi paga. Chi paga adunque scientemente un indebito non può di regola ripetere ciò che ha pagato (*a*), perchè si presume che lo abbia donato (*b*), o perchè, nel caso che il pagamento sia seguito in adempimento di un contratto proibito, agiscono illecitamente tanto chi riceve quanto chi paga, e perciò il possessore ha la preferenza almeno in confronto del pagatore (§ 591). Tuttavia si fa luogo all'azione se il pagatore è inabile a far donazioni (*c*), o se le leggi concedono in ogni caso la ripetizione di ciò che fu indebitamente pagato, senza distinzione se il pagamento dell'indebito sia seguito scientemente o no (*d*).

Già altrove (§ 87, III) fu dimostrato che non solo l'errore di fatto, ma neppure l'errore di diritto non toglie l'azione alla ripetizione, e nello stesso paragrafo (§ 87 in fine) abbiamo accennato che l'errore deve di regola venir provato da quello che lo allega.

§ 593.

C. *Buona fede in chi riceve.*

III. Se fra i requisiti della *condictio indebiti* abbiamo annoverato anche la buona fede del ricevente, dobbiamo osservare che ciò si deve intendere colla restrizione, che quand'anche l'accettante il pagamento fosse stato conscio che la cosa ricevuta fosse un indebito, ciò non basta perchè abbia luogo la *condictio furtiva* con esclusione della *condictio indebiti*, mentre, perchè quella succeda in luogo di questa, è necessario oltracciò che il tradente non abbia voluto trasferire la proprietà nel ricevente, poichè un furto può aver luogo soltanto contro la volontà del proprietario (*a*).

(*h*) fr. 25 § 1 D. eod.

(*i*) fr. 25 § 2 D. eod. Confr. Gensler nell'*Arch. della Prat. civ.* II, 2, pag. 277. Del fondamento speciale, istorico e di fatto della *cond. sine causa, cond. indebiti, e cond. furtiva*, e del peso della prova in queste azioni.

(*k*) fr. 25 § 4 D. eod. comb. colla c. 13 C. IV, 30 *de non num. pec.* Bucher *Dir. delle Obblig.* § 113 nota *h*.

(*a*) fr. 1 § 1, fr. 26 § 2, fr. 50 D. XII, 6 h. t. — c. 9 pr. C. IV, 5 eod.

(*b*) fr. 7 § 2 D. XLI, 4 *Pro emtor.* — fr. 53 D, L, 17 *de reg. jur.*

(*c*) fr. 29 D. XII, 6 *de condict. indeb.*

(*d*) Come nell'usura illecita § 477 n. I, e c. 18 C. IV, 32 *de usur.*, o trattandosi di danaro perduto ad un giuoco proibito (§ 488) Confr. Weber *dell'obbl. nat.* § 75 77 e *Saggi di Dir. civ.* p. 305 in unione alle *Diss. di Dir. civ.* n. 14 pag. 325 e 326 di Thibaut.

(*a*) Confr. fr. 80 (82) § 6, fr. 43 (44) § 1, fr. 52 (53) § 21 D. XLVII, 2 — c. 8 C. IV, 5 *de condict. indeb.* — Il fram. 18 D. XIII, 1 *de condict. furt.* trova la spiegazione di questi passi e nel § 1 D. eod. « *nullo modo eum furtum facere ait, voluntate domini eos (nummos) accipiendo* » Confronta Francke nei suoi *Trattati ad illustrazione di alcune materie di Diritto*, Gottinga 1828 n. 4. — Di opinione diversa con molti altri è Kaufmann § XCIV in fine.

§ 594.

Effetto della condictio indebiti.

Colla *condictio indebiti* si ripete in generale ciò che qualcheduno ha dato o promesso senza esservi obbligato: perciò:

I. se il pagamento seguì con cose fungibili, si devono restituire appunto tali cose in eguale quantità e qualità (*a*), tuttavia senza interessi (*b*), come nel mutuo (*c*), attesochè questa *condictio* si annovera fra le azioni di stretto Diritto (§ 111, *a*).

II. Se il pagamento non si fece in cose fungibili, allora si devono restituire le cose identiche (*d*) pagate con ogni loro accessione, e coi frutti che furono percetti, o che si avrebbero potuto percepire dopo la contestazione di lite. Si possono tuttavia diffalcare le spese fatte per la cosa non altrimenti che nell' azione rivendicatoria (§ 223, II) (*e*). Se le cose furon alienate ad un possessore di buona fede, esso non è tenuto a restituire se non ciò di cui è diventato più ricco; ma un possessore di mala fede deve rifondere il loro intiero valore (*f*).

III. Per servigi prestati indebitamente si può ripetere il loro prezzo di stima (*g*).

IV. Se finalmente senza intenzione di donare fu promessa o rilasciata indebitamente qualche cosa, nel primo caso si può domandare la liberazione dalla promessa e dalla cauzione che si fosse per avventura prestata, e nel secondo il pagamento del debito rilasciato (*h*).

(*a*) fr. 7, 19 § 2 D. XII, 6 *de condict. indeb.*
(*b*) c. 1 C. IV, 5 eod.
(*c*) § 6 *Inst.* III, 27 (28) *de oblig. quasi ex contr.* — fr. 5 § 3 D. XLIV, 7 *de oblig. ed act.*
(*d*) fr. 7 D, XII, 6 — fr. 25 D, XIX, 5 *Praescr. verb.*
(*e*) fr. 15 pr. fr. 26 § 12, fr. 65 § 5 D, XII, 6.
(*f*) fr. 26 § 12, fr. 65 § 8 D, eod.
(*g*) fr. 26 § 12, fr. 40 § 2 D, eod.
(*h*) fr. 31, fr. 39 D, eod. — c. 3 C. eod. (IV, 5) — fr. 2 § 3, 4 D, XXXIX, 5 *de donat.*

§ 595.

Differenza tra la condictio indebiti *e le condizioni:* 1. ob turpem causam — 2. ob injustam causam — 3. sine causa (*a*).

Se qualcheduno diede una cosa qualunque per uno scopo, il quale ridondi in disonore non di lui, ma del ricevente (*b*), ha luogo la *condictio ob turpem causam* contro di questo o suoi eredi per la restituzione della cosa data, senza però poter esigere interessi (*c*). Perciò se l' infamia ricade soltanto sopra il tradente (*d*), oppur sopra ambedue (*e*), non si può far uso di quest' azione; si devolve al fisco tutto ciò che fu dato (*f*), in quanto non interessi ad un terzo che la cosa non fosse stata data, poichè in tal caso il terzo vien preferito al fisco (*g*).

La *condictio ob injustam causam* (*h*) sembra aver luogo se qualcheduno si sia impossessato di una cosa altrui per un titolo dalle leggi non approvato, come per esempio in base d'una stipulazione estorta colla violenza (*i*), o in causa di

(*a*) Anche Günther § 1116 e 1117 tratta queste *condizioni* nello stesso luogo — D, X, 1, 5 *de de condictione ob turpem vel injustam causam.* — C. IV, 7 *de condict. ob turpem causam* — IV, 9 *de cond. ex lege et sine causa vel injusta causa.*
(*b*) fr. 1 § 2, fr. 2 pr. § 1, fr. 4 § 2 D, XII, 5 h. t. « *Velut si tibi dedero, ne mihi injuriam facias* » fr. 9 D, eod.
(*c*) c. 4 C, IV, 7.
(*d*) fr. 4 § 3 D, h. t.
(*e*) fr. 3, fr. 4 pr. § 1, fr. 8 D, eod.
(*f*) fr. 5 D, III, 6 *de calumn.* — fr. 32 § 28 D, XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.* — Nov. 124 cap. 2 e *Auth. Novo jure ad* c. 1 C. VII, 49 *de poena jud.*
(*g*) fr. 4 § 4, fr. 5 D, XII, 5.
(*h*) Intorno alle varie opinioni su questa *Condizione*, vedi Glück XIII, p. 51, 52 e 68 e Kaufm. § XCVI, *h*.
(*i*) fr. 7 D, XII, 5.

una amozione (§ 576, nota *r-aa*) (*k*), o di una illegittima percezione (*l*) o consunzione di frutti (*m*). Con essa si domanda la restituzione della cosa, o del suo valore (*n*).

Alla *condictio sine causa* (*o*) si fa luogo, se qualcheduno abbia trasferito una cosa in un altro, e non esistesse alcun titolo fin dal principio, o il titolo fosse cessato in seguito (*p*), e non si possa insorgere coll'azione rivendicatoria, perchè la cosa sia già passata in proprietà del ricevente (*q*) mediante consunzione, od in qualche altro modo (*r*).

Questa *condictio* può concorrere ad elezione con altre (*s*); ma ha luogo specialmente nel caso che a motivo di sopravvenienti circostanze non si ottenga l'intento con un'altra *condictio* (*t*).

Per ciò che risguarda l'accessione, i frutti e gl'interessi della cosa ripetuta, valgono le stesse massime da noi riportate circa la *condictio indebiti* (*u*).

(*k*) fr. 25 D, XXV, 2 *de act. rer. amot.*
(*l*) fr. 4 § 1 D, XII, 1 *de reb. cred.*
(*m*) c. 3 C. IV, 9 *de cond. ex lege.*
(*n*) fr. 6 D, XII, 5.
(*o*) D, XII, 7 *de cond. sine causa* — C. IV, 9 *de cond. ex lege et sine causa.*
(*p*) Così p. e. se taluno ripete la dote perchè il matrimonio è nullo, manca il titolo fin da principio, fr. 5 D, XII, 7; e se il mutuante non consegna il denaro promesso, il mutuatario può ripetere il suo chirografo entro due anni (§ 517 *g*) perchè il titolo venne così a cessare; ed in egual modo, restituito il mutuo, si può domandare la restituzione del chirografo mediante la *condictio sine causa*, c. 2 C. IV, 9.
(*q*) fr. 29 D, XII, 6 *de cond. indeb.* — fr. 5 § 18 D, XXIV, 1 *de donat. inter vir. et uxor.*
(*r*) fr. 12 in fine D, VII, 9 *Usufr. quemad. cav.*
(*s*) fr. 1 pr. fr. 3 D, XII, 7 — fr. 13 D, XII, 4 *de cond. causa data* — fram. 3 § 5 D, XXXVII, 6 *de collat. bonor.*
(*t*) fr. 23, 32 D, XII, 1 *de reb. cred.*
(*u*) Wening II, 3 § 242.

TITOLO III.

Delle obbligazioni nascenti da un quasi-delitto.

§ 596.

Veduta generale.

Come nelle Instituzioni si trovano delle obbligazioni derivanti da un quasi-contratto, così trovansi pure (*a*), ad esempio di Cajo (*b*), delle obbligazioni derivanti da un quasi-delitto, ossia delle obbligazioni per cui taluno diventa responsabile nella stessa guisa che se avesse commesso un delitto, sebbene non ne abbia commesso alcuno. Da queste formarono i Giureconsulti i così detti quasi-delitti. Secondo le nostre fonti sono tali:

1. l'obbligazione del giudice derivante da una ingiusta sentenza (*obligatio judicis male judicando litem suam facientis*);

2. l'obbligazione di quello, dalla cui abitazione qualcheduno versò e gettò qualche cosa (*obligatio inhabitatoris ex facto alterius effundentis, vel dejicientis*);

3. l'obbligazione di un padrone di barca, di un oste, o stabulario per un furto e danno commesso dai loro servi nelle cose o nelle persone stesse dei viaggiatori (*obligatio nautae, cauponis aut stabularii ex furto vel damno ab iis commisso vel dato, quorum opera utuntur*) (*c*).

§ 597.

Obbligazione del giudice per la emanazione di una ingiusta sentenza.

Se il giudice o per malizia o per

(*a*) *Inst.* IV, 5 *de oblig., quae quasi ex delict.*
(*b*) fr. 5 § 4-6 D, XLIV, 7 *de oblig. et act.*
(*c*) Come varii vecchi Giureconsulti avevano per analogia ammessi parecchi quasi-delitti, alcuni Autori moderni tentarono di dare la definizione logica dei quasi-delitti. Veggasi però ciò che abbiamo detto più sopra (§ 580) in caso analogo. Confronta Kaufmann § XCVII.

colpa pronunciò una sentenza ingiusta, deve rifondere il danno cagionato (*litem suam facit*): ma egli non può mai venir altrimenti impetito che per un quasi-delitto, sia ch'egli abbia pronunciato quella sentenza con prava intenzione, sia che l'abbia pronunciata soltanto per colpa (*a*); poichè l'ingiusto suo procedere non si può annoverare fra i delitti, più che nol si possa quello di un altro rappresentante del supremo potere, a meno che lo stesso legislatore, non abbia annoverato un tal procedere fra i delitti, ciò ch'ebbe luogo bensì riguardo ai proconsoli, ma non riguardo ai giudici (*b*).

La differenza fra il dolo e la colpa di un giudice consiste soltanto in ciò ch'egli nel primo caso deve prestare l'intiero prezzo di stima dell'oggetto controverso, e nel secondo soltanto una pena pecuniaria da destinarsi equatamente dal giudice superiore (*c*).

L'azione contro il giudice poi è un'*actio in factum* (*d*), la quale ha luogo anche in altri quasi-delitti (*e*).

§ 598.

Dell'obbligazione di quello, dalla di cui abitazione fu versato o gettato qualche cosa, nonchè di quello che pose o sospese qualche cosa in sito e modo pericoloso.

Se da una casa fu gettata o versata qualche cosa in un luogo di passaggio (*a*), senza prima avvertire (*b*), e ne sia restato danneggiato qualcheduno, ha luogo un'*actio in factum de effusis et gestis* contro quello che abita la casa, senza distinzione s'egli ne sia proprietario, conduttore, o se la abiti gratuitamente, s'egli sia in colpa o no (*c*); tuttavia in quest'ultimo caso gli compete un'azione di regresso contro quello che ha cagionato il danno (*d*).

Per ciò che fu versato o gettato si può ripetere il doppio del danno prodotto; se restò ucciso un uomo libero ha luogo la pena di 50 aurei; ma s'esso non fu che danneggiato, si accorda soltanto un'azione per quell'importo che sembra giusto al giudice. Il giudice deve aver riguardo alla mercede del medico, alle altre spese incontrate per la guarigione, ed al lavoro che il danneggiato non avesse potuto o che forse non potesse più fare in avvenire per esserne diventato incapace (*e*).

L'azione riguardo a ciò che fu gettato è perpetua, e compete all'erede, ma non contro gli eredi (§ 113, 1).

Ma l'azione per l'uccisione di un uomo libero ha luogo soltanto entro un anno, e non vale per gli eredi nè contro gli eredi, mentre essa è un'azione popolare e penale, circa la qua-

(*a*) pr. *Inst.* cit. — fr. 5 § 4 D, cit. — fr. 15 § 1 D, V, 1 *de jud.* — fr. 6 D, L, 13 *de extraord. cog.* — Meister *Jus rom. priv.* p. 276.

(*b*) Kaufmann nel *Giorn. univ. lett.* di Vienna 1814, n. 37 e Meister nel foglio d'avvisi del *Gior. lett.* di Vienna 1815, n. 10. Convien dire che G. Weber nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* VII, 1 non abbia avuto riguardo a ciò che venne esposto negli anzidetti Giornali, e che a mio parere è giusto; poichè altrimenti esso non avrebbe trovato (p. 17) una contraddizione tanto aperta tra il fr. 15 § 1 D. V, 1, e i passi citati nella nota anteriore.

(*c*) fr. 15 § 1 D. V, 1 — fr. 6 D. L, 13 — c. 2 C. VII, 49 *de poen. jud. qui male jud.*

(*d*) I Glossatori la chiamarono *remedium syndicatus*.

(*e*) § 3 *Inst.* IV, 5 — fr. 7 § 1 D. IV, 9 *nautae caup. stab.*

(*a*) fram. 1 § 2 D. IX, 3 *de his, qui effund. vel dejec.*

(*b*) fr. 31 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*c*) § 1 *Inst.* IV, 5 *de oblig. quasi ex delict.* — fr. 1 § 4 D. IX, 3 *de his, qui effund.* — fr. 5 § 5 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* Se può essere provato chi abbia versato o gettato fuori le cose, può essere promossa contro di lui l'azione della Legge Aquilia.

(*d*) fr. 5 § 4 D. IX, 3.

(*e*) § 1 *Inst.* IV, 5 Confr. anche il fr. 1 pr. § 5, 6 D. IX, 3.

le vuolsi inoltre osservare che se viene chiesta da molti, venir deve accordata a preferenza degli altri a quello che ne ha interesse, e che stava col defunto in rapporti di parentela od affinità.

Se fu danneggiato un uomo libero l'azione per lui è perpetua; ma se la vuole intentare un altro, allora essa non dura che un anno (*f*).

Se nello stesso appartamento di una casa da cui fu gettata qualche cosa, abitano più persone, quest'azione ha luogo contro di ognuno per l'intiero, mentre è impossibile il sapere chi abbia versato o gettato fuori la cosa. Ma se l'azione fu intentata contro di uno, ed il danno fu da questo risarcito, ne restano liberati anche gli altri (*g*).

Nello stesso caso trovasi quegli che abbia collocato o sospeso qualche cosa sopra la pubblica strada, dove se cadesse potrebbe danneggiar qualcheduno. Per tale pericoloso collocamento o sospensione è fissata la pena di 10 aurei (*h*), che possono essere ripetuti da qualunque fra il popolo coll'*actio de periculose posito vel suspensivo* (*i*). Ma siccome quest'azione colpisce quello stesso che collocò o sospese qualche cosa in modo e sito pericoloso (*k*), così è chiaro che un tal fatto non si può annoverare fra i quasi-delitti (*l*); nè osta a questa opinione che i compilatori delle Istituzioni comprendano questo caso sotto il titolo *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*, mentre l'azione che ne deriva forma una parte dello stesso Editto pretorio (*m*).

(*f*) fr. 5 § 5 De eod.
(*g*) fr. 1 § 10, fr. 2, 3 De eod.
(*h*) § 1 *Inst.* IV, 5 — fr. 5 § 5 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* Vedi anche fr. 1 § 3, fr, 5 § 6, 8, 10, 11 D. IX, 3.
(*i*) fr. 5 § 13 De eod.
(*k*) fr. 5 § 6 e 10 De eod.
(*l*) Löhr *Teoria della colpa*, p. 200.
(*m*) fr. 5 § 7 De eod.

§ 599.

Dell'obbligazione del padron di barca, dell'oste o stalliere, per furto o danno commesso o recato dai loro servi relativamente alle cose dei viaggiatori.

I padroni di barca, gli osti e gli stabularii sono responsabili per un quasi-delitto pel furto o danno commesso nella barca, nell'osteria, o nella stalla, purchè non ne siano essi medesimi direttamente colpevoli, ma lo sia invece qualcheduno di quelli che prestano la loro opera nella loro barca, nell'osteria, o nella stalla. Poichè siccome qui non ha luogo contro di essi un'azione nè in base ad un contratto, nè in base ad un delitto, e siccome essi tuttavia ne han la colpa, in quanto che si servono dell'opera di gente malvagia; così ne sono responsabili per un quasi-delitto (*a*).

Se molti contemporaneamente sono i padroni, viene ognuno di essi impetito in proporzione della sua parte (*b*).

TITOLO IV.

Delle obbligazioni che nascono da varii titoli (ex variis causarum figuris) *e che non hanno veruna comune caratteristica.*

§ 600.

Veduta generale.

Le obbligazioni che non nascono nè da un quasi-contratto, nè da un quasi-delitto, ma da varii altri titoli, che non hanno una caratteristica comune, si possono ridurre a tre categorie (*a*); poichè o si appoggiano immediatamente

(*a*) fr. 5 § 6 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — § 3, *Inst.* IV, 5 *de oblig., quae quasi ex delict. nasc.* — fr. 7 pr. § 1, 2 D. IV, 9 *Nautae caup. stab.*
(*b*) fr. 7 § 5 D. IV, 9.
(*a*) Kaufmann § XCIX.

I. ad un fatto illecito dell'obbligato; ovvero

II. ad un fatto di un terzo, ora lecito ed ora illecito, il quale per altro secondo le leggi venga considerato come derivante dallo stesso obbligato; ovvero

III. ad una legge, la quale in parte attribuisca all'equità forza obbligatoria, e in parte subordini il diritto dei privati al bene comune.

Alla I. categoria si riferiscono le obbligazioni che nascono da mutazioni intraprese o già finite di fondi, e contrarie al diritto del vicino.

Alla II. si riferiscono quelle obbligazioni, da cui nascono le così dette *actiones adjectitiae qualitatis*.

Alla prima specie della III. si riferiscono la obbligazione del proprietario di risarcire il danno cagionato dal suo animale, l'obbligazione di rendere ostensibile qualche cosa, di risarcire il danno sofferto in un pericolo di mare, e di prestare la così detta *cautio damni infecti*. Alla seconda specie della III. categoria è finalmente da riferirsi la obbligazione derivante da una sentenza del giudice obbligatoria benchè in sè stessa ingiusta.

§ 601.

Divieto di un' opera nuova (Novi operis nunciatio).

Novi operis nunciatio (*a*) chiamasi il divieto fatto vocalmente e sulla faccia del luogo a colui, il quale, col costruire o demolire qualche cosa sul proprio fondo, intraprende una mutazione a noi dannosa (*b*).

A ciò si richiede:

1. una mutazione in una cosa che sia congiunta col suolo (*c*);

2. che questa mutazione sia soltanto incominciata, ma non finita, poichè nell' ultimo caso bisognerebbe servirsi dell' interdetto *quod vi aut clam* (§ 604) (*d*);

3. che il divieto si faccia sul luogo stesso dove fu cominciata la fabbrica o la demolizione. In generale il divieto si può fare validamente contro qualunque che si trovi presente in nome dell' imprenditore, sul luogo dove si vuol eseguire la mutazione, e perciò anche contro i lavoratori, gli schiavi o le donne che vi fossero presenti (*e*);

4. che il divieto sia fatto vocalmente (*f*) poichè la divisione che la maggior parte de' Giureconsulti fanno del divieto in verbale (*verbalis*), e reale (*realis*), non è fondato nelle nostre leggi, mentre il divieto reale, con cui si rispinge la forza con la forza, o si adopra simbolicamente la forza gettando una pietra contro la nuova opera, non ha assolutamente il vigore di un divieto, ma serve soltanto a conservare il possesso (*g*). In egual modo è senza fondamento legale la divisione in divieto pubblico, cioè quello che si fa giudizialmente, ed in privato; poichè quantunque per la stessa ragione, per cui si può far il divieto, si possa anche servirsi di altri mezzi legali, p. e. dell' interdetto *uti*

(*a*) D. XXXIX, 1 — C. VIII, 11 *de operis novi nunciat.* — D. M. Breutano *Diss. de novi operis nunc.* Gottinga 1794 — F. Kämmerer *de operis nov. nunc.*, Heidelbergae 1807 — Reinhardt *Illustrazione dettagliata del titolo delle Pandette De nov. oper. nunciat.* Stuttg. 1820 — A. M. Engelhardt *de operis novi nunc.* Lips. 1821 — Hasse nel *Mus. ren* III, 4, p. 579.

(*b*) fr. 1 pr. § 1, 11, 12, 16, 17, fr. 5 § 9 D. h. t.

(*c*) fr. 1 § 12 D. eod.

(*d*) fr. 1 § 12 D. eod. Anzi non è nemmeno necessario che il lavoro sia già incominciato; basta che si facciano apparecchi per un'opera, da cui temiamo alcun danno, fr. 1 § 16, 17 D. eod.

(*e*) fr. 5 § 2-4 D. eod.

(*f*) fr. 5 § 3, 4, 15, 16 D. eod.

(*g*) fr. 3 § 1, 2, fr. 5 § 10 D. eod.

possidetis, non si ottiene tuttavia coi medesimi ciò, che si ottiene col divieto (*h*).

§ 602.
Da chi ed a chi possa esser fatto il divieto.

Il divieto può aver luogo pel bene pubblico, o pel privato. Nel primo caso si accorda a quasi tutti i cittadini, mentre interessa allo Stato di avere molti che lo difendano (*a*). Nel secondo caso compete al proprietario, al superficiario, al creditore con pegno, ed a quello che ha una servitù urbana (*b*), purchè possano liberamente amministrare la propria sostanza (*c*).

Se un comproprietario intraprende una mutazione in un fondo comune, l'altro comproprietario non può insorgere contro di lui colla *novi operis nunciatio,* ma si deve rivolgere al Pretore, od impetrare un divieto coll'*actio communi dividundo* (*d*). Neppure l'usufrutto non può fare il divieto al proprietario (*e*); ad un estraneo può farlo, ma in nome del proprietario, non già in nome proprio (*f*). Quelli che hanno un diritto personale sul fondo danneggiato dalla nuova opera, possono fare il divieto soltanto se sono muniti di un mandato del proprietario (*g*), a meno che non fosse assente (*h*).

Il divieto si fa contro l'imprenditore dell'opera, tanto s'egli è proprietario del fondo, quanto se non lo è (*i*); esso è diretto contro l'opera e non contro la persona, e perciò può esser fatto anche ad un demente, o ad un fanciullo; poichè basta che il medesimo si faccia ad una persona qualunque che lo intenda, perchè ne resti obbligato il fanciullo, o il demente (*k*). Quegli che intraprende una nuova opera si chiama *nunciato,* e quegli che la proibisce *nunciante.*

§ 603.
Effetti del divieto.

L'effetto del divieto consiste in ciò che il nunciato, se non v'è pericolo nell'indugio (*a*), deve desistere dall'opera intrapresa (*b*), e ciò vale anche pel successore tanto singolare, quanto universale (*c*). Se egli, ad onta del divieto, prosegue l'incominciato lavoro, compete al nunziante l'interdetto restitutorio (*interdictum restitutorium*), onde ottenere che il nunciato restituisca nello stato di prima ciò ch'egli fabbricò o demolì dopo fatto il divieto (*d*), ovvero che l'erede e successore singolare ne permetta la ripristinazione a spese del nunciante (*e*). Ma se il nunciato presta cauzione (mediante fidejussione in affari privati, e mediante semplice promessa in affari pubblici) (*f*) che restando soccombente nel processo, restituirà la cosa nello stato di prima, allora ottiene il permesso di continuare e ridurre a termine l'opera.

L'attore deve accettare questa cauzione, altrimenti si ritiene come prestata in pena del rifiuto, ed al nunciato compete un interdetto proibito-

(*h*) fr. 1 § 1, 2, 3, fr. 5 § 10 D. eod. Mühlenbruch III, § 609 — Wening II, 3 § 279.

(*a*) fr. 3 § 4, fr. 4, fram. 5 pr. D, XXXIX, 1 *de operis nov. nunc.*

(*b*) fr. 1 § 19, fr. 3 § 3, fr. 8 pr. fr. 9 D. eod. — fr. un. § 3 D. XLIII, 25 *de remiss.* — fram. 14 D. XXXIX, 1 — Hasse p. 581 e 593.

(*c*) fr. 5 pr. D. h. t.

(*d*) fr. 3 § 1, 2 De eod.

(*e*) fr. 2 De eod.

(*f*) fr. 1 § 20 De eod.

(*g*) c. 1 D. VIII, 5 *Si per vim.*

(*h*) arg. fr. 3 § 3 De h t.

(*i*) fr. 18 § 1, fr. 5 § 1 De eod.

(*k*) fr. 10, 11 De eod.

(*a*) fr. 5 § 12, 13 D. XXXIX, 1 h. t.

(*b*) fr. 8 § 4, fr. 21 § 1 D. h. t.

(*c*) fr. 8 § 7, fr. 10, fr. 23 De eod.

(*d*) fr. 20 § 7, 8 De eod.

(*e*) fr. 22, 23 De eod.

(*f*) fr. 8 § 2, 3 fr. 20 § 12, 23 De eod.

rio, onde non essere impedito nel proseguimento del lavoro (*g*).

L'intervento del giudice non è necessario (*h*). Ma se dopo fatto il divieto fu portata innanzi al giudice la lite, e questa sia in tre mesi condotta al suo termine, deve il nunciante del pari accettare la rammentata cauzione, ed il suo avversario può continuare il lavoro (*i*). Se il nunciato ricusa di prestar la cauzione, e desidera tuttavia di proseguire l'opera, dev'egli produrre l'affare innanzi il giudice, il quale prima di tutto esige dal nunciante il giuramento di calunnia (*jusjurandum calumniae*) (§ 131 nota *g*), e, premessa la relativa cognizione, dichiara se il divieto aver debba effetto o no (*k*).

Il diritto derivato dal divieto si estingue tanto colla morte del denunciante, quanto coll'alienazione della cosa per cui fu fatto (*l*), come pure colla prescrizione di 30 anni (*m*). Del resto quantunque l'attore sia restato soccombente in possesso, può egli tuttavia sostenere il proprio diritto ancora coll'azion regolare (*n*).

§ 604.
Dell' interdetto quod vi aut clam (*a*).

Se qualcheduno con violenza, cioè contro il divieto di un altro (*b*), o nascostamente, cioè senza consaputa di quello, di cui si teme il divieto (*c*), o con violenza e nascostamente ad un tempo (*d*), intraprende e compie una mutazione (*e*), altrui dannosa (*f*), sopra una cosa immobile, o sopra cose che siano congiunte col suolo; in tal caso compete ad ognuno, che ne abbia per qualunque motivo interesse (*g*), per un anno l'interdetto *quod vi aut clam* (*h*), tendente a rimettere le cose nello stato di prima, con questo però che l'attore dell'opera deve, non solo eseguire a proprie spese la ripristinazione (*i*), ma prestare benanche l'*id quod interest* (*k*), che l'erede è tenuto a restituire soltanto ciò di cui apparisce più ricco (*l*), e che un altro possessore deve permettere la ripristinazione soltanto a spese dell'attore (*m*).

Non importa poi che l'autore dell'opera abbia o no un diritto all'erezione della medesima, poichè anche nel primo caso egli è risponsabile per ciò ch'egli fa con violenza o di soppiatto, giacchè egli deve bensì tutelare il proprio diritto, ma non mai agire contro il diritto altrui (*n*).

§ 605.
Dell'azione aquae pluvie arcendae.

L'azione per deviazione dell' aqua piovana (*a*) è un'*actio in rem scripta* (*b*),

(*g*) fr. 20 § 9, 10 De eod.
(*h*) fr. 5 § 17. fr. 21 § 1 De eod.
(*i*) c un. C. VIII, 11 h. t.
(*k*) fr. 1 § 7 e 9, fr. 5 § 14 De eod. — fr. 1 pr. § 1, 2 D. XLIII, 25 *de remiss.*
(*l*) fr. 8 § 6, 7 De h. t.
(*m*) fr. 20 § 16 De eod.
(*n*) fr. 19 De eod.
(*a*) D. XLIII, 24 *Quod vi aut clam*. Hasse nel *Mus. ren.* IV, 1, p. 1-51.
(*b*) fr. 1 § 4-11, fr. 7 § 2 De eod.
(*c*) fr. 3 § 7, 8, fr. 4, fr. 5 pr. § 1 De eod.
(*d*) fr. 11 § 3 De eod.
(*e*) fr 1 § 4, fr. 7 § 5, 6, 9, 10, fr. 8-10, fr. 11 pr. § 1-3. Soltanto la nozione di un'opera fatta sul suolo (*operis in solo facti*) è qui più estesa che nella denunzia (*nunciatio*), mentre in questa si limita ad edificii, laddove nell'interdetto di cui si tratta, si estende a tutto ciò ch'è connesso al suolo, e quindi al taglio degli alberi, al potare delle viti, come si ha dai passi sopra citati, e precipuamente dal fr. 7 § 5 D. h. t , fr. 18 pr. fr. 20 § 4, fr. 22 § 1-3 De eod.
(*f*) fr. 18 pr. fr. 22 § 3 De eod.
(*g*) fr. 11 § 14, fr. 12, 13 pr., fr. 16 pr. De eod.
(*h*) fr. 15 § 3 in fine § 4 De eod.
(*i*) fr. 13 § 7, fr. 16 § 2, fr. 2, fr. 21 § 3 De eod.
(*k*) fr. 15 § 7-9 De eod.
(*l*) fr. 15 § 3 De eod.
(*m*) fr. 7 pr. fr. 13 in fine, fr. 15 § 1, fr. 16 in fine De eod.
(*n*) fr. 1 § 2 De eod.
(*a*) D. XXXIX, 3 *de aqua*. Schneider *Intorno i requisiti dell'azione aquae pluv. arc.* nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* V, 3, p. 325.
(*b*) fr. 6 pr. § 5 e 7 fr. 12 De eod.

la quale ha luogo quando l'aqua piovana a motivo di un' opera nuovamente eretta (*c*) minaccia danno (*d*) ad un fondo (*e*) col prendere un'altra direzione diversa da quella che avea naturalmente (*f*).

Essa compete al proprietario del fondo minacciato (*g*), come pure a quello che ha un diritto di via sul medesimo (*h*), contro il proprietario che fece la novazione sul proprio fondo (*i*). Per analogia, ha luogo anche in favore e contro l'usufruttuario (*k*).

Promossa l'azione, deve -l giudice ordinare al vicino non solo di rimettere il tutto nello stato di prima, ma benanche di risarcire il danno cagionato dopo la contestazione di lite (*l*). L'attore può, facendo uso dell'interdetto *quod vi aut clam*, ovvero dell'*actio de dolo*, conseguire anche l'*id quod interest* (*m*). Ma se non è il possessore del fondo quello che fece la novazione, allora esso è solamente obbligato di permettere all'attore che rimetta esso il tutto nello stato di prima (*n*). Per analogia, l'azione *pluviae arcendae* ha luogo anche nel caso che un fondo, od un opera sul medesimo lecitamente costrutta, abbia per terremoto o per altra causa fortuita sofferto una tal mutazione, che al fondo vicino sia imminente un danno: ma in questo caso il convenuto è obbligato soltanto a permettere che l'attore riponga le cose nello stato anteriore a sue spese (*o*).

L'azione non ha luogo:

1. se un'aqua reca danno per la situazione naturale del fondo (*p*);
2. se l'opera fu fatta coll'intervento della pubblica autorità e pel pubblico bene (*q*);
3. Se l'autore dell'opera aveva un diritto speciale alla erezione della medesima (*r*), ovvero finalmente
4. se la novazione fu fatta per la migliore cultura del fondo (*s*).

§ 606.

II. Actionis adjectitiae qualitatis.

Talvolta ad un'azione nominata (§ 503) si fa un'aggiunta (*adjectitia qualitas*) o per indicare più precisamente il suo scopo, come p. e., nell'*actio sequestraria* (§ 508 nota *g*), o per esprimere la ragione per cui si può impetire qualcheduno pei fatti di un terzo di cui il convenuto non sia il rappresentante. Tali azioni si sogliono ordinariamente chiamare *actiones adjectitiae qualitatis* (*a*); qui non tratteremo di tutte queste azioni, ma soltanto di quelle che si possono intentare contro taluno pei fatti di un terzo (§ 600).

S'intende per sè che il fatto del terzo deve esser tale da considerarsi come un'azione del convenuto, sia che derivi da un figlio di famiglia, da uno schiavo, o da un estraneo.

Nelle azioni *quod jussu, tributoria* e *de peculio*, la ragione per cui taluno può essere impetito consiste in

(*c*) fr. 1 § 1, 10, 13, 14, 15, 22, 23 De eod. — Confr. anche fr. 14 § 1 De eod.

(*d*) Se il danno sovrasta ad un edifizio, non ha luogo quest'azione, ma conviene ricorrere all'azione negatoria, fr. 1 § 17 De eod.

(*e*) fr. 1 pr § 15 De eod.

(*f*) fr. 1 § 1, 22 De eod.

(*g*) fr. 6 § 1, 4 De eod.

(*h*) fr. 25 De eod.

(*i*) fr. 3 § 3, fr. 4 § 2 De eod.

(*k*) fr. 22 pr. § 2 De eod.

(*l*) fr. 6 § 6 D. eod. Hanno lo stesso obbligo anche gli eredi, fr. 6 § 7 De eod.

(*m*) fr. 13, 14 pr. § 3 De eod.

(*n*) fr. 4 § 2, 3, fr. 5, 6 § 7, fr. 11 § 2 De eod.

(*o*) fr. 2 § 5, 6 De eod. Il fram. 2 § 7 De eod. Schneider p. 344.

(*p*) fr. 1 § 1, 10, 14, 22, 23, fr. 14 § 1 De eod.

(*q*) fr. 2 § 3 fr. 23 pr. De eod.

(*r*) fr. 1 § 23, fr. 2 § 10, fr. 19 De eod.

(*s*) fr. 1 § 3, 4, 7, 15 De eod.

(*a*) Diede occasione a tale denominazione il fr. 5 § 1 D. XIV, 1 *de exercit. act.* Confronta Hübner *Correzioni ed aggiunte alle Instit.* di Dir. Rom. di Höpfner p. 84-88.

un fatto del figlio di famiglia, o dello schiavo; nelle azioni *de in rem verso exercitoria* ed *institoria*, la ragione giuridica dell'azione contro un terzo può consistere anche nel fatto di un altro che non sia soggetto alla potestà del convenuto (*b*).

Le azioni quivi annoverate non sussistono da sè sole, ma prima si deve allegare l'azione principale che deriva dall'affare di cui si tratta, e poi farvi la relativa aggiunta; p. e. *actio venditi quod jussu, actio mutui institoria* etc.

§ 607.
Actio quod jussu.

Se un figlio di famiglia per comando di suo padre (*a*) fa con taluno un contratto circa cose del padre, sia che il comando fosse diretto al figlio ovvero a quello con cui esso contrattò, ha luogo l'*actio quod jussu*, ovvero *de jussu*, contro il padre per l' intiero importo, poichè in certo modo il contratto vien fatto con quello che diede il comando (*b*).

§ 608.
Actio tributoria.

Se un figlio di famiglia, sciente e consenziente il padre, negozia colle cose che appartengono al peculio profetizio, e se fu conchiuso col medesimo qualche contratto relativamente a tali cose; in tal caso il Pretore ordina che tutto ciò che appartiene a questo peculio, o che provenne dallo stesso, venga scompartito fra il padre (se egli vi ha qualche pretesa) e gli altri creditori in proporzione delle loro ragioni. Ora se il padre ricusa la divisione, o qualcheduno dei creditori porta querela che gli sia stato assegnato troppo poco, il Pretore gli accorda contro il padre un'azione alla divisione, che si chiama *actio tributoria* (*a*).

§ 609.
Actio de peculio.

Se il padre diede al figlio di famiglia un peculio, può esso venire impetito non solo in base ad un contratto (*a*), a riserva della donazione (*b*), ma benanche in causa di un quasi-contratto del figlio (*c*) mediante l'*actio de peculio*, affinchè egli soddisfaccia col peculio l'attore.

Quest'azione non ha luogo per un delitto o quasi-delitto del figlio (*d*), tranne se il padre ne fosse diventato più ricco (*e*).

L'azione ha vigore anche nel caso che al momento in cui fu intestata il peculio non contenesse nulla, purchè contenga qualche cosa al momento che viene emanata la sentenza (*f*).

Ma prima della consegna all'attore si deve diffalcare tutto ciò che devono avere il padre (*g*), e quelle persone che sono soggette alla sua potestà, tutela o curatela, o di cui egli era amministratore (*h*), nonchè i socj del padre (*i*); ed è da osservare che in quest'azione nessuno può essere pre-

(*b*) Kaufmann § CIV.

(*a*) Ciò che qui vi (§ 697-611) si dice del figlio di famiglia, vale anche dello schiavo rispetto al suo padrone, pr. § 6 *Inst.* IV, 7 *Quod cum eo, quid in alien. pot. est, negot. gest. esse dic.*

(*b*) § 1 *Inst.* eod. — fr. 1 pr. fr. 2 § 1, fr. 3, fr. 5 pr. D. XV, 4 *Quod jussu.* Thibaut nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 2, p. 174 asserisce che sia tutt'uno che l'affare risguardi il padre od il figlio; ma veggasi ciò che osserva in contrario Müller nelle sue *Diss. civ.* p. 139-159.

(*a*) § 3 *Inst.* IV, 7 — D. XIV, 4 *de trib. act.*

(*a*) fr. 3 § 9 D. XV, 1 *de pecul.*

(*b*) fr. 7 pr. D. XXXIX, 5 *de donat.*

(*c*) fr. 14 D. III, 5 *de negot. gest.* — c. 1 C. IV, 26 *Quod cum eo, qui in alien. pot.*

(*d*) fr. 1 § 7 D. IX, 3 *de his, qui effud. vel. dejec.* — fr. 58 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*e*) fr. 3 § 12 D. XV, 1 *de pecul.*

(*f*) fr. 30 pr. De eod.

(*g*) fr. 9 § 2 De eod.

(*h*) § 4 *Inst.* IV, 7 — fr. 9 § 4 D. XV, 1.

(*i*) fr. 11 § 9 De eod.

ferito al padre (*k*) nei casi summentovati.

§ 610.
Actio de in rem verso.

L'azione *de in rem verso* (*a*) viene accordata contro il padre di famiglia, ed in favore di quello il cui denaro od altre cose furono impiegate dal figlio senza autorizzazione del padre (*b*) per supplire a spese necessarie o almeno utili in vantaggio del padre stesso (*c*). È necessario quindi che il figlio abbia avuta la intenzione di obbligare il padre, nel qual caso ha luogo l'azione, quand'anche la cosa dal figlio procacciata pel padre fosse deperita o deteriorata (*d*); oppure si richiede che sia stata impiegata in vantaggio del padre la cosa di un altro, nel qual caso l'azione ha luogo solo in quanto ne sia stato promosso il vantaggio del padre (*e*), ciò che incombe di provare all'attore (*f*). Se fu fatta pel padre una spesa *necessaria*, egli resta obbligato per l'intero prezzo d'acquisto (*g*); se la cosa procacciata gli fu soltanto *utile*, e se il suo valore è minore del prezzo per cui fu comperata, in tal caso il padre è obbligato a prestare soltanto ciò che vale; ma se il suo valore è maggiore, non è obbligato di pagare più di quanto importa il prezzo di acquisto (*h*). Finalmente se la cosa tende più *al piacere* che alla utilità, deve il padre soltanto permettere che il creditore se la riprenda, in quanto ciò sia possibile senza lesione della cosa principale (*i*).

Quantunque in origine quest'azione fosse accordata soltanto contro il padre di famiglia, tuttavia in seguito fu ammessa per analogia anche per quelli che fecero dei contratti con persone libere ed amministranti gli affari altrui, se tali contratti ridondavano in vantaggio di quello per cui furono fatti (*k*).

§ 611.
Actio exercitoria (*a*).

Padrone di barca ossia di nave (*exercitor*) si chiama quello al quale appartengono tutti i proventi ed utilità di una nave, sia ch'egli stesso ne abbia la proprietà, sia che l'abbia presa nella sua totalità dal proprietario in locazione (*b*). Per capitanio (*magister navis*) s'intende quello al quale è affidata la direzione di tutta la nave (*c*).

Actio exercitoria si chiama quell'azione con cui viene impetito il padrone di nave (*d*) in base ad un contratto conchiuso (*e*) col capitanio o col di lui sostituto (*f*) conforme alle

(*k*) fr. 9 § 4 fr. 52 De eod.

(*a*) D. XV, 3 *de in rem. verso.* — J. J. Rössing. *de versione in rem*, Gotting. 1799 — G. C. Seuffert *Diss. de eo, quod justum est circa de in rem verso actionem*, Wirceb. 1822.

(*b*) Confr. § 611 e 612.

(*c*) fr. 1 pr. fr. 3 § 1, 2, 3, 5, 6, fr. 10 § 6 D. h. t.

(*d*) fr. 10 § 2, fr. 3 § 7-9, fr. 17 pr. D, eod.

(*e*) fr. 10 § 4 De eod.

(*f*) § 5 *Inst.* IV, 7.

(*g*) fr. 5 pr. De h. t.

(*h*) fr. 12 De eod.

(*i*) fr. 3 § 4 De eod.

(*k*) c. 7 § 1 C. IV, 26 — Confr. fr. 49 D. XII, 6 *de cond. indeb.*

(*a*) D. XIV, 1 *de exerc. act.* — C. IV, 25 *de instit. et exercit act.* — A. P. Frik *Diss. de act. exerc.*, Helmst. 1793 — Gesterding *Intorno ai contratti col padrone di barca*, nei suoi errori antichi e moderni della Giurisprudenza, p. 115.

(*b*) fr. 1 § 15 De h. t.

(*c*) fr. 1 § 1 Confr. § 3 e 4 De eod. « *cujus autem conditionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber, an servus, et utrum exercitoris, an alienus sed nec cujus aetatis sit, intererit, sibi imputaturo, qui praeposuit.* »

(*d*) Quant'anche fosse stato istituito taluno contro il divieto del padron della nave, fr. 1 § 5 De eod.

(*e*) fr. 1 § 12 De eod. Confr. anche fr. 1 § 7, 8 D. eod.

(*f*) fr. 1 pr § 2, 5 De eod.

istruzioni dategli (*lex praepositionis*). Ma quest'azione non ha luogo per un fatto illecito del capitanio, tranne se fu commesso nell'esercizio del proprio ufficio (*g*).

Se vi sono più padroni di nave, sono responsabili uno per tutti, e tutti per uno (*h*); ma i loro eredi sono obbligati soltanto in proporzione delle loro quote (*i*). Del resto si ha la scelta d'impetire o il padrone di nave coll'*actio exercitoria*, o il capitanio coll'azione derivante dal contratto (*k*). Tuttavia questi non si può più impetire dopo deposto il suo ufficio, purchè egli non siasi in qualche modo assunto l'obbligo del padrone di nave (*l*).

A questo compete un'azione diretta contro quello che fece dei contratti col capitanio, se questo era soggetto alla potestà del padrone di nave (*m*), altrimenti gli compete soltanto un'azione utile (*n*).

§ 612.
Actio institoria (*a*).

Padrone di negozio (*praeponens, dominus tabernae vel negotiationis*) si chiama quegli che percepisce le rendite di un negozio; fattore (*institor*) quegli a cui è affidata la direzione del medesimo (*b*). L'azione con cui il padrone viene impetito in base ad un contratto conchiuso dal fattore con un estranee entro i limiti delle sue attribuzioni (*c*) si chiama *actio institoria* (*d*). In generale valgono qui le stesse massime che abbiamo esposte circa l'azione esercitoria (*e*), colla sola differenza che il fattore contro il divieto del padrone non può sostituire nessuno in sua vece (*f*).

Se concorrono insieme diverse azioni *adjectitiae qualitatis*, compete all'attore la scelta; ma tostochè abbia proposta una azione, si estinguono le altre (*g*); solamente è da notarsi che l'attore non può passare all'*actio de peculio* se non nel caso che non sia stato impiegato nulla affatto, o soltanto una parte in vantaggio del padre di famiglia (*h*).

§ 613.
III. *Dell'obbligazione di risarcire il danno cagionato da un animale* (Actio de pastu e de pauperie).

Se un animale altrui cagionò a qualcheduno del danno, bisogna fare le seguenti distinzioni:

I. Se avvenne per colpa del danneggiato, non ha luogo alcuna azione (*a*); se per colpa del proprietario dell'animale, o di un estraneo, sono questi responsabili in forza della legge Aquilia (*b*).

II. L'Editto degli Edili proibisce di lasciare animali pericolosi sulla pubblica strada; se fu trasgredita questa

(*g*) fr. 1 § 10 De eod. — fr. 5 § 8, 9 fr. 11 § 4 D. XIV, 3 *de Inst. act.* — fr. 5 § 3 D. XLIV, 4 *de doli mali et metus except.*
(*h*) fr. 1 § 25, fr. 4 § 1 D. XIV, 1 h. t.
(*i*) arg. fr. 14 D. XIV, 3 *de instit. act.*
(*k*) fr. 1 § 7 D. XIV, 1 h. t.
(*l*) arg. fr. 20 D. XIV, 3 *de instit. act.*
(*m*) arg. fr. 1 De eod.
(*n*) fr. 1 § 18 D. XIV, 1 Combin. col fr. 13 § 25 D. XIX, 1 *de act. emt. et vend.*
(*a*) D. XIV, 3 *de instit. act.*
(*b*) § 2 *Inst.* IV, 7 — fr. 3, 5 pr. § 1-7 De h. t.
(*c*) fr. 11 § 5 D. eod. Confr. anche fr. 5 § 11, 12 D. eod. II § 11 suona così: « *Non tamen omne, quod cum institutore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerat, contractum est* (*i. e. duntaxat ad id. ad quod eum praeposuit*)» Conf. anche c. 3, C. IV, 25 h. t.
(*d*) § 2 *Inst.* IV, 7 — fr. 1 D. h. t.
(*e*) p. e. fr. 7 § 1, fr. 13 § 2, De h. t.
(*f*) fr. 1 § 5 D. XIV, 1.
(*g*) § 5 *Inst.* IV, 7 — fr 9 § 1 D. XIV, 4 *de tribut act.* — fr. 4 § 5 D. XIV, 5 *Quod cum eo, qui in alien. pot.*
(*h*) § 4 *Inst.* IV, 7 — fr. 1 § 2 D. XV, 3 *de in rem verso.*
(*a*) fr. 203 D. L, 17 *de reg. jur.*
(*b*) fr. 1 § 4-7 D. IX, 1 *Si quadrupes pauperiem fecisse dic.* arg. fr. 52 § 2 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — c. 6 C. III, 35 *de leg. Aquil.*

legge, e se un uomo libero ne abbia riportato danno, il proprietario viene dal giudice condannato al risarcimento che gli sembra giusto ed equo, ma trattandosi di cose viene condannato nel doppio del danno cagionato (*c*).

III. Se un animale recò del danno secondo la sua natura, non si fa luogo ad azione (*d*), tranne se ciò seguì in occasione di pascolo, nel qual caso ha luogo l'*actio de pastu,* che poi veramente altro non è che un'*actio in factum ex lege Aquilia* (*e*).

IV. Se un animale mansueto recò del danno contro sua natura, e di proprio moto, se p. e. un cavallo diede un calcio a qualcheduno che lo accarezzava o puliva, allora ha luogo l'*actio de pauperie* (*f*) diretta, se l'animale è un quadrupede, ed utile se un altro animale (*g*); e siccome può essere accampata contro ogni possessore dell'animale, così essa è un'*actio in rem scripta* (*h*). Tale azione tende al risarcimento del danno, ed il convenuto si libera da ciò soltanto consegnando vivo al danneggiato l'animale (*noxae dare*) (*i*), tranne s'egli, giudizialmente interpellato se l'animale era suo, lo avesse falsamente negato, nel qual caso gli viene sempre condannato a pagare l'intiero importo del danno (*k*).

(*c*) § 1 *Inst.* IV, 9 *Si quadr. paup. fecisse dic.* - fr. 40 § 1, fr. 41, 42 D. XXI, 1 *de aedil. edict.* — C.G. Hübner *Observ. edict. vario aedilium curul adspersae.* Lips. 1798.

(*d*) pr. *Inst.* IV, 9 — fr. 1 § 10 D. IX, 1 — Thibaut *Saggi* II, n. 8 — Gesterding nel *Giorn. di Dir. e Proc. civ.* IV, 2, p. 261. *Rapporti di diritto rispetto ad animali altrui.*

(*e*) fr. 14 § 3 D. XIX, 5 *de praescrit. verb.* — c ult. C. III, 35 *Ad leg. Aquil.*

(*f*) fr. 1 § 3, 4, 7 D. IX, 1.

(*g*) fr. 4 D. eod.

(*h*) fr. 1 § 12, 13, 17 D. eod. - fr. 20, 28 D. IX, 4 *de noxal act.*

(*i*) pr. *Inst.* IV, 9 — fram. 6 § 1 D. XLII, *de re iud.*

(*k*) fr. 1 § 15 D. IX, 1.

Ma se l'animale perì prima della contestazione di lite, cessa l'azione (*l*). Se l'animale dopo la contestazione di lite fu ucciso da un terzo, il convenuto deve prestare il prezzo di stima dell'oggetto contenzioso, o cedere l'azione derivante dalla legge Aquilia contro quello che ammazza l'animale (*m*).

Un animale altrui sorpreso da qualcheduno sul proprio fondo non può per le Leggi romane venir trattenuto (*n*).

§ 614.
Actio ad exhibendum.

L'azione *ad exhibendum* (*a*) ora è soltanto un'azione preparatoria, ed ora un'azione principale. In tutti i casi ha luogo contro qualunque possessore della cosa che deve esser fatta ostensibile, e perciò è un'*actio in rem scripta* (*b*).

Se si considera come un mezzo legale, con cui qualcheduno si apre l'adito a tutelare il proprio diritto, si richiede che per un diritto reale o personale interessi all'attore che ne segua la produzione, nel qual caso il giudice dopo una sommaria disamina deve giudicare se la produzione debba seguire o no (*c*). Così p. e. una pietra preziosa rinchiusa in un anello altrui, od uno stemma nell'altrui candelabro non può ripetersi coll'azione rivendicatoria, ma si deve istituire l'*actio ad exhibendum* affinchè ne sieno separati (*d*) (§ 210). Ma l'*actio ad exhibendum* fu spezialmente introdotto a motivo dell'azione rivendi-

(*l*) fr. 1 § 13 De eod.

(*m*) fr. 1 § 16 De eod.

(*n*) fr. 39 § 1 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.*

(*a*) D. X, 4 — C. III, 42 *Ad exhib.* - C. Eimert *Diss. de act. ad exib.* Lips. 1816.

(*b*) fr. 3 § 3, 15, fr. 4, 5, § 1 D, X, 4 h. t.

(*c*) fr. 3 § 3-12, fr. 19 D. h. t.

(*d*) fr. 6 De eod.

catoria, pel caso cioè che l'attore sia in dubbio, se la cosa ch'egli vuol rivendicare sia veramente sua propria, o no (*e*).

Del resto è da notarsi che il convenuto renitente può venir condannato dietro tassazione del giudice mediante il giuramento estimatorio dell'attore (*f*), e che tale azione ha luogo soltanto trattandosi di cose mobili (*g*).

Più tardi l'efficacia di quest'azione venne estesa per modo, che ora essa è anche un'azione principale e tende al fine che una cosa non solo venga prodotta, ma che venga benanche prestata in natura od in sua vece pagato l'*id quod interest*. Così

1. si può ripetere colla stessa una cosa caduta per accidente in potere altrui, senza che questi se ne spacci per proprietario, come se p. e. una barca sia stata spinta dalla violenza del fiume sul campo di un altro (*h*); ovvero se

2. una cosa sia in qualche altro modo senza legittimo titolo caduta in potere di un terzo (*i*). L'azione tende specialmente al conseguimento dell'*id quod interest* se l'avversario dolosamente procurò di farci perdere la nostra cosa, od il nostro diritto come se p. e. il marito comprasse una cosa col danaro donatogli da sua moglie sapendo che tal danaro non era tuttavia passato in sua proprietà (*k*). Confronta ancora la stessa nota di questo paragrafo.

(*e*) fr. 1 De eod.
(*f*) fr. 3 § 2 eod.
(*g*) fr. 56 D. III, 3 *de procur.* — fr. 6 D. X, 4 h. t. — fr. 38 D. V, 1 *de judic.* — fr. 1 § 6 D. XLIII 16 *de vi.*
(*h*) fr. 5 § 4, 5 — fr. 9 § 1 D. X, 4 h t.
(*i*) fr. 7 § 1 D. XIII, 1 *de condict. furt.* — fr. 1 § 6 D. XLIII, 16 *de vi et de vi arm.* — c. 9 C. III 42 h. t.
(*k*) fr. 5 § 2, fr. 9 pr. § 3, fr. 14 D. h. t.

§ 615.

Della legge Rodia de jactu.

Per la legge Rodia *de jactu* (*a*), che deriva dall'isola di Rodi, e fu dai Romani adottata (*b*), è stabilito, che se per alleggerire la nave siensi gettate in mare delle merci, venga risarcito mediante contribuzione di tutti ciò che in vantaggio di tutti fu sacrificato (*c*); ciocchè venne esteso anche ad altri infortunii, in occasione dei quali abbiasi dovuto dare qualche cosa a salvamento della nave o delle merci caricatevi, come se viene riscattata una nave dai pirati (*d*), o se per allontanare il comune pericolo si taglia l'albero maestro od altri attrezzi della nave, o si gettano in mare delle merci per alleggerire una nave sopraccaricata (*e*). Tuttavia si richiede che il danno sia stato prodotto per volere dei marinai, o per fondato timore (*f*) di un imminente pericolo fortuitamente insorto (*g*) e che le cose gettate sieno perite (*h*), e conservate così le cose altrui, nè sieno queste perite posteriormente nella stessa navigazione (*i*).

Il calcolo si fa collo stimare ogni cosa, tranne le vettovaglie, e perciò si stima anche la nave stessa (*k*), e le cose salvate al prezzo al quale possono venir vendute (*l*) il danno viene

(*a*) D. XIV, 2 *de lege Rhod. de jactu.* — C. D. Klügmann *Diss. de lege Rhod. de jactu.*
(*b*) fr. 9 D. h. t. Glück XIV, p. 203-205.
(*c*) fr. 1 De h. t.
(*d*) fr. 2 § 3 De eod.
(*e*) fr. 3, 4 pr., fr. 5 § 1 De eod. Confr. anche fr. 4 § 2 De eod.
(*f*) fr. 2 § 1, fr. 6, 7 De eod.
(*g*) fr. 2 pr. § 2 De eod. Se quindi il pericolo fu cagionato per colpa del padrone della nave o di qualchedun altro, ha luogo contro di questi l'azione della Legge Aquilia, arg. fr. 27 § 23 D. IX, 2 *Ad leg. Aquil.* — fr. 30 § 2 D. XIX, 2 *Loc.*
(*h*) fr. 2 § 7 D. XIV, 2 h. t.
(*i*) fr. 4 § 1, fr. 5 pr. De eod.
(*k*) fr. 2 § 2 De eod.
(*l*) fr. 2 § 4 De eod.

quindi scompartito in proporzione fra tutti (*m*).

Siccome dalla legge Rodia non nasce alcun'azione propria, così i proprietarj delle cose perite devono impetire il capitanio coll'azione dal contratto (*n*), ed a questo compete poi la stessa azione contro quelli le cose dei quali furono salvate (*o*).

§ 616.

Della cauzione per un danno imminente (Cautio damni infecti) (*a*).

Se precipita un'edifizio, ed il vicino ne soffre un danno, questi non può domandare l'indennizzo, nè costringere il proprietario a sgombrare il materiale, se vuole abbandonarlo come sta e giace (*b*). Ma in forza dell'editto Pretorio, se a qualcheduno è imminente un danno perchè un vicino edifizio minaccia rovina, purchè presti prima il giuramento, di calunnia, gli compete un'*actio in factum* colla quale esso può domandare cauzione pel danno imminente (*c*). Quest'azione aspetta non solo al proprietario, ma ad ogni altro il quale per un diritto reale o personale abbia interesse (*d*) che il fondo ch'egli possiede o detiene, non soffra danno. Essa colpisce poi ognuno che possegga per diritto reale la cosa che minaccia danno (*e*).

Il proprietario o l'avente diritto di servitù può prestar la cauzione mediante una semplice promessa, ma le altre persone mediante fidejussione (*f*).

(*m*) fr. 1, 2 § 2, fr. 4 § 2 De eod.
(*n*) Di regola, coll'azione di locazione, perchè vengono spesso locate merci pel trasporto.
(*o*) fr. 2 pr. De eod. — fr. 1 § 1, fr. 14 pr. D. XIX, 5 *de praescr. verb.*
(*a*) D. XXXIX, 2 *de damno infecto, et de suggrundis et protectionibus.*
(*b*) fr. 6 De eod. — fr. 7 § 1, 2, fr. 8 De eod.
(*c*) fr. 7 pr. De eod.
(*d*) fr. 5 § 2, fr. 13 § 5, fr. 18 pr. De eod.
(*e*) fr. 9 § 5, fr. 10, fr. 13 § 1, fr. 15 § 25, fr. 30 pr. De eod.
(*f*) fr. 13 pr., § 1, fr. 30 § 1 De eod.

Chi ricusa di prestar questa cauzione deve cedere il possesso della cosa (*g*), e se non lo fa, l'attore con un primo decreto viene immesso nel fondo e ne acquista in tal modo la detenzione ed il pegno (*h*). Se il convenuto si ostina nel suo rifiuto, segue l'immissione con un secondo decreto, per cui l'attore ottiene esclusivamente il possesso della cosa, e può anche usucapirla contro terzi (*i*).

Ma non si può chiedere la cauzione o l'azione da essa nascente, se vi è un altro mezzo legale con cui si possa ottenere lo indennizzo (*k*); o se il danno fu cagionato non dallo stato dell'edifizio che minaccia rovina, ma dal caso, o dalla qualità difettosa del terreno (*l*); o se quegli stesso che ora pretende cauzione, abbia ricusato già altre volte di dare cauzione, per la cosa stessa di cui si tratta (*m*); o finalmente l'avversario fa soltanto uso del proprio diritto (*n*).

§ 617.

Actio judicati.

Chi fu condannato con giudiziale sentenza passata in giudicato, quantunque ingiusta in sè stessa, può essere impetito coll'*actio judicati* per esecuzione della medesima (*a*). In egual modo chi mediante giudiziale, benchè ingiusta, sentenza, fu liberato da una obbligazione, può opporre all'attore l'eccezione della cosa giudicata (*b*), e non gli resta neppure una obbligazione naturale (*c*), ciò che segue neces-

(*g*) fr. 16 De eod.
(*h*) Confr. fr. 15 § 16 De eod.
(*i*) fr. 5 pr., fr. 15 § 23, 33, fr. 44 § 1 De eod.
(*k*) fr. 18 § 4, fr. 32 De eod.
(*l*) fr. 24 § 2-11, fr. 43 pr. De eod.
(*m*) fr. 13 § 11 De eod.
(*n*) fr. 24 § 12 De eod.
(*a*) fr. 3 § 11 D. XV, 1 *de pecul.* — fr. 29 paragr. 5 D. XVII, 1 *Mandati.*
(*b*) § 5 *Inst.* IV, 13 *de except.* — D. XLIV, 2 *de except. rei jud.*
(*c*) Weber *della obbligazione naturale* § 94.

sariamente dal principio giuridico, che una sentenza sia da tenersi per verità (*d*).

CAPO V.

Dei modi di assicurare le obbligazioni.

§ 618.

Della intercessione.

Vi sono modi di assicurazione con cui possono consolidare tanto le obbligazioni proprie quanto quelle di terzi, ed altre con cui soltanto quest'ultime.

Alle prime appartengono il costituto, il pegno e l'ipoteca; alle seconde la fidejussione, il mandato qualificato e l'intervento di uno come debitore correale. Tutte queste assicurazioni in quanto si riferiscono ad obbligazioni altrui, sono altrettante specie d'intercessione; ma in senso più lato intercessione significa anche novazione ed estinzione delle obbligazioni.

La *intercessione* perciò è un contratto, con cui taluno senza esservi obbligato per nessun titolo precedente si assume la obbligazione presente o futura (*a*) del debitor principale. Dunque non *intercede* chi già per legge è obbligato ad assumersi una obbligazione altrui; così non intercede l'erede in virtù dell'adizione di eredità (*b*), come neppure chi paga per un altro (*c*), o dà qualche cosa in pagamento (*d*).

(*d*) fr. 25 D, l. 5 *de statu homin.* — fr. 207. D L, 17 *de reg. jur.*
(*a*) fr. 8 § 1 D. XVI, 1 *Ad senatuscons. Vellej.* — c. 4 C. IV, 29 eod.
(*b*) fr. 13 pr., fr. 32 pr. D. XVI, 1.
(*c*) fr. 4 in fine, fr. 21 § 1 D. eod. — c. 1, 9 C. IV, 29.
(*d*) fr. 5 De eod. — c 4 in fine C. eod. — Non osta il fr. 32, § 2 D. eod.: poichè tratta del caso che una femmina abbia pagato in base ad un'intercessione.

§ 619.

Varie specie di intercessione.

L'*intercessione* è privativa, o cumulativa. Mediante la prima il debitor principale viene interamente liberato, e ciò per mezzo della *Expromissione* (§ 635), e della *Delegazione* di un'altro debitore (§ 636). L'*intercessione* comulativa poi è quella con cui qualcheduno accede all'obbligazione di un altro in maniera che ambedue restino obbligati fino al pagamento del debito; ed a questa specie appartengono tutte le diverse assicurazioni rammentate nel precedente paragrafo, in quanto sono intercessioni.

Inoltre essa è principale, o sussidiaria; quest'ultima ha luogo quando l'intercedente può domandare che venga prima escusso il debitor principale; ma se può essere impetito tanto l'intercedente che il debitore, vi ha *intercessione* principale, la quale allora soltanto sussiste quando taluno sia intervenuto all'obbligazione di un altro come debitor correale (*correus debendi*) (*a*).

Della *expromissione* o *delegazione* tratteremo nel seguente capitolo, giacchè per esse più che assicurate vengono le obbligazioni mutate; e della obbligazion correale abbiamo già trattato nel § 459. Quanto alle altre specie d'*intercessione*, esporremo prima di tutto i principj generali della intercessione, e poi quelli particolari della fidejussione e del mandato qualificato, i quali due contratti hanno questo di comune, che con essi si possono assicurare soltanto le obbligazioni altrui; finalmente spiegheremo il costituto, il contratto di pegno e d'ipoteca, contratti questi con cui si pos-

(*a*) Günther § 1069, e Thibaut § 940 annoverano qui anche il costituto *debiti alieni*.

sono assicurare obbligazioni tanto altrui quanto proprie (*b*).

§ 620.

Del diritto singolare *delle donne* intercedenti *secondo il senatoconsulto Vellejano.*

Intercedere possono tutti quelli che hanno diritto d'incontrare delle obbligazioni, a cui per legge non sia vietato d'intercedere, com'è vietato ai minorenni, ai soldati (*a*), ai chierici in affari pubblici (*b*), e specialmente alle donne. Per quest'ultime, attesa la loro debolezza (*c*), il senato mediante il senatoconsulto Vellejano (*d*) provide in maniera che, se vengono impetite per avere interceduto, si possono difendere (*e*) colla eccezione di quel senatoconsulto perfino nel corso stesso dell'esecuzione dopo emanata la sentenza (*f*). Se esse diedero un pegno in favore di un terzo, lo possono ripetere da qualunque possessore (*g*); finalmente se in forza della loro intercessione hanno pagato per errore, possono ridomandare ciò che pagarono, mediante la *condictio indebiti* (*h*).

Questo benefizio legale compete non solo alle donne, ma benanche ai loro eredi, (*i*), fidejussori (*k*), ed a quelli che diedero un pegno in favore d'una donna che intercesse (*l*).

Ma affinchè i creditori non restino pregiudicati da questo privilegio, compete loro contro il terzo che mediante l'intercessione di una femmina fu liberato da una obbligazione futura, la stessa azione (p. e. quella *ex stipulatu*), che sarebbe nata dalla intercessione, e che si chiama *actio institutoria* perchè essa istituisce un'obbligazione più che ristabilirla (*obligationem instituit magis quam restituit*) (*m*); che se coll'intercessione si tolse un'obbligazione già esistente, allora torna in vigore l'azione contro l'anterior debitore (*actio restitutoria vel rescissoria*) (*n*).

Questo privilegio poi non ha luogo nei seguenti casi:

1. se le donne agirono dolosamente come se ricevettero del danaro in apparenza per loro uso, ma in sostanza per mutuarlo ad altri (*o*);
2. se intercessero a favore di un creditore minorenne, e il debitor principale sia insolvente (*p*);
3. se per la promessa di dote, o per la concessione di libertà (*q*);
4. se ciò che venne scosso in dipendenza della intercessione fu impiegato in loro vantaggio (*r*);
5. se intercedettero per una confusione (*s*), o finalmente
6. se una donna maggiorenne rinnovò dopo due anni la sua intercessione (*t*).

Ma Giustiniano fece varie mutazio-

(*b*) Ci siamo attenuti specialmente a Kaufmann *Dei modi di assicurazione, mutazione, ed estinzione delle obbligazioni*, Vienna e Trieste 1822 § CXIII, in fine.

(*a*) fr. 8 § 1 D. II, 8 *Qui satisd. cog.* — c. 31 C. IV, 65 *de locat. cond.*

(*b*) Nov. 123, c. 6.

(*c*) fr. 2 § 2, 3, fr. 4 § 1 D. XVI, 1 *Ad senatusc. Vellej.*

(*d*) D. XVI, 1 — C. IV, 29 *Ad senatusc. Vellej.* H. D. Susc. *Comm. de jure sing. fem. interced.* Gotting. 1803 - D. G. Biener *Quaest. de fidejuss. mulier.* Lips. 1808.

(*e*) c. 2, 3, 16 C. h. t.

(*f*) fr. 11 D. XIV, 6 *de senatuscons. Maced.*

(*g*) fr. 32 § 1 D. XVI, 1 *Ad senatuscons. Vellej.* — fr. 39 § 1, fr. 40 D. VI, 1 *de rei vind.*

(*h*) c. 9 C. IV, 29 — fr. 8 § 3 D. XVI, 1

(*i*) c. 20 C. IV, 29.

(*k*) fr. 16 § 1 D. XVI, 1 — c. 14 C. IV, 29.

(*l*) fr. 2 D. XX, 3 *Quae res pign.*

(*m*) fr. 8 § 14 D. XVI, 1.

(*n*) fr. 8 § 9, 11-13, fr. 14, 16, 24 § 3 D. eod. — c. 16 C. IV, 29.

(*o*) fr. 2 § 3, fr. 11, 30 pr. D. XVI, 1 — c. 18 C. IV, 29.

(*p*) fr. 12 D. IV, 4 *de minor.*

(*q*) c. 12, 24, 25 C. IV, 29.

(*r*) fr. 21 pr. fr. 16 pr. D. XVI, 1.

(*s*) fr. 8 § 13 D. eod.

(*t*) c. 22 C. IV, 29 — Nov. 61, c. 1 § 1 in fine.

ni al senatoconsulto Vellejano. Primieramente ordinò che la intercessione delle donne sia nulla per sè, senza bisogno che invochino il senatoconsulto, se non si obbligarono con chirografo eretto sotto gli auspicj della pubblica autorità, e sottoscritto da tre testimonii, eccettuato il solo ed unico caso che sieno state tenute indenni per la intercessione (*u*). Se furono osservate queste formalità, venendo esse impetite, si devono riportare al senatoconsulto Vellejano, qualora non si verifichi uno o l'altro dei casi rammentati di sopra (2-6); nei quali l'eccezione di quel senatoconsulto non giova (*v*).

Stabilì inoltre Giustiniano con una speciale Costituzione, che ogni intercessione della moglie a favor del marito sia nulla, se non si può provare ad evidenza che il danaro sia stato impiegato in favore della moglie stessa (*x*). Finalmente, ordinò egli che la madre e l'ava all'atto di assumere la tutela debbano rinunziare al benefizio del sanatoconsulto Vellejano (*y*); ma ogni altra rinunzia è proibita (*z*), tranne se la donna fosse pronta a promuovere un'azione per quello in cui favore essa intercesse (*aa*).

(*u*) c. 23 C. eod.
(*v*) Thibaut, *Sistema* § 948 e *Diss. civ*. p. 129.
(*x*) Nov. 134 c. 8 *et Auth. si qua mulier*. c. 22 C. *Ad senatuscons. Vellej.* Confr. anche Spangenberg nel *Giorn. del Dir. e Pr. civ.* Giessen 1828, II, 1, p. 47-53.
(*y*) Nov. 118, c. 5. Veggasi Emmerich nel *Gior.* anzidetto III, 2, p. 213 intorno ai motivi di tale rinunzia.
(*z*) Tale è l'opinione della maggior parte dei Giureconsulti, arg. fr. 1 § 1, fr. 2 § 1, fr. 16 § 1 D. XVI, 1 — fr. 2 pr. D. L, 17 *de reg. jur.* — Pauli *Recept. sent.* II, 11.
(*aa*) fr. 32 § 4 D. XVI, 1 *Intorno alle varie opinioni sulla rinunzia al benefizio del senatuscons. Vellej.* veggasi Glück *Comm.* XV, § 925.

§ 621.

Riguardo a quali obbligazioni abbia luogo l'intercessione.

La intercessione per una obbligazione mista o civile efficace (§ 457) ha pieno vigore (*a*); ma non così per un'obbligazione naturale intieramente riprovata (*b*) (confr. § 473, *h*).

In una intercessione per una obbligazioue naturale non riprovata, o civile inefficace, compete all'intercedente ogni eccezione spettante al debitore principale, anche malgrado di questo (*c*); tranne se qualcheduno intercesse con animo di donare (*d*), o se le eccezioni sono tali che competano soltanto al debitore principale (*e*).

§ 622.

Diritti di quello che intercede.

Se l'intercedente pagò il creditore, ha il regresso verso il debitore mediante l'azione di mandato, o l'azione derivante dalla gestione d'affari, secondo che fu autorizzato ad intercedere, o no (*a*); ma queste azioni non hanno luogo s'egli non oppose al creditore quelle eccezioni che erano a sua cognizione, o che ommise di opporre per ignoranza di legge (*b*).

L'intercedente può inoltre prima di pagare (*c*) domandare al creditore

(*a*) § 1 *Inst.* III, 20 (21) *de fidejuss.* — fr. 6 § 2, fr. 8 § 3, fr. 16 § 3, fr. 70 § 5 D. XLVI, 1 *de fidejuss.*
(*b*) fr. 16 pr. D. eod. — fr. 129 § 1 D. L, 17 *de reg. jur.*
(*c*) fr. 7 § 1, fr. 19 D. XLIV, 1 *de except.*
(*d*) fr. 9 § 3 D. XIV, 6 *de senatuscons. Maced.*
(*e*) fr. 7 pr. D. XLIV, 1 *de except.*
(*a*) fr. 4 pr. fr. 13, 25 D. XLVI, 1 *de fidejuss. et mandator.* — c. 14 C. VIII, 41 eod.
(*b*) fr. 67 D. cit. — fr. 10 § 12, fr. 29 pr. § 1 D. XVII, 1 *Mand. vel contra.* Confr. § 87, *u*.
(*c*) Se il pagamento fu fatto a condizione che vengano cedute le azioni, può aver luogo tale cessione anche dopo il pagamento, fram. 76 D. XLVI, 3 *de solut.*

la cessione delle azioni tanto contro il debitore principale quanto contro quelli che intercessero insieme con lui, affinchè egli possa conseguire da quello l'intiero, e da questi la quota proporzionata (*beneficium actionum cedendarum*) (*d*). Contro quelli che intercessero insieme con lui è necessaria questa cessione (*e*) (§ 459 nota *l, m*), ed anzi anche contro il debitore principale quando egli intercesse contro di lui volontà; mentre egli in tal caso non ha contro di lui nè l'azione di mandato, nè l'azione per gestione d'affari (*f*); nel resto gli può talvolta esser utile la cessione delle azioni contro il debitore principale, cioè se l'azione del creditore sia più vantaggiosa dell'azione di mandato o di quella che nasce dalla gestione d'affari (*g*).

§ 623.
Della fidejussione.

La fidejussione (*fidejussio*) (*a*) è un patto conchiuso in forma di stipulazione (*b*), con cui taluno assume sussidiariamente un'obbligazione altrui per maggior sicurezza del creditore.

È da notarsi che il marito non può dare fidejussori alla propria moglie per sicurtà della dote (*c*).

Tanto dalla forma rigorosa della stipulazione, quanto dallo scopo della fidejussione segue che il fidejussore non può essere obbligato a condizioni più dure che il debitor principale (*d*); anzi il fidejussore non è obbligato a nulla s'egli ha promesso di pagare incondizionatamente per un debito condizionato, o in un luogo più incomodo, in termine più breve (*e*), ovvero una cosa diversa (*f*); poichè l'obbligazione dei fidejussori non è che un'accessione dell'obbligazione principale, e l'accessione non può comprendere più della cosa principale; ma invece si possono bensì obbligare a prestar di meno (*g*). Non osta neppure che i medesimi si obblighino più efficacemente che il debitor principale (*h*); e se hanno promessa una somma maggiore di quella da esso dovuta, sembra che la fidejussione sia nulla soltanto riguardo a quell'importo che eccede la somma principale (*i*).

Finalmente, si devono distinguere ancora le seguenti specie di fidejussori:

1. i fidejussori d'indennità (*fidejussores indemnitatis*), i quali si obbligano soltanto a prestare ciò che il creditore non può ottenere dal debitor principale (*k*);

2. i fidejussori del fidejussore, che si obbligano pel primo fidejussore (*l*); o

3. i fidejussori succedanei (*fidejussores succedanei*), che sono obbligati verso il fidejussore nel caso ch'esso debba pagare pel debitore principale (*m*).

(*d*) fr. 17, 36, 39, 41 § 1 D. XLVI, 1 — c. 11, 14 C. VIII, 41.

(*e*) § 4 *Inst.* III, 20 (21) *de fidej.* - c. 11 C. cit.

(*f*) c. 24 C. II, 19 *de negot. gest.*

(*g*) Höpfner *Comm.* § 845.

(*a*) *Inst.* III, 20 (21) — D. XLVI, 1 — C. VIII 41 *de fidej.* — A. G. de Schroter *de sponsoribus, fideipromiss. et fidejuss.* Jenae 1822.

(*b*) Un'eccezione si trova nel fr. 4 § 3 D. XXVII, 7 *de fidej. et nomin.*

(*c*) c. 2 C. V, 20 *Ne fidejuss. dot. dent.*

(*d*) Averan *Interpr.* lib. II, c. 3.

(*e*) fr. 16 § 1, 2 D. XLVI, 1 h. t.

(*f*) fr. 42 D. eod.

(*g*) § 5 *Inst.* h. t.

(*h*) fr. 6 § 2, fr. 7, 16 § 3, 4 D. h. t.

(*i*) fr. 8 § 7 D. h. t. « *Illud comune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos* non omnino *obligari.* » In altre lezioni si legge « *omnino non obligari.* » La differenza di senso che ne risulterebbe, è chiara per sè. Per la nostra opinione vale specialmente il fr. 33 D. XVII, 1 *Mandati* e il fr. 1 § 4 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* È di altro parere Glück XIII, p. 402.

(*h*) fr. 116 D. XLV, 1 *de verb. oblig.* — c. 1, 2, C. X, 2 *de conv. fisci debitor.*

(*l*) fr. 8 § 12, fr. 27 § 4 D. XLVI, 1 *de fidejuss.*

(*m*) fr. 4 pr. D. eod.

§ 624.

Effetti della fidejussione.

Contro il fidejussore ha luogo l'*actio ex stipulatu*, la cui estensione è da misurarsi secondo la fidejussione stessa.

Chi si obbligò pel debito in genere risponde tanto del capitale, quanto degl'interessi; ma chi si obbligò soltanto pel capitale, non presta gl'interessi, tranne quelli della propria mora (*a*).

Se la fidejussione fu prestata soltanto per un certo tempo, o soltanto per un debito contratto entro un certo tempo, il fidejussore non è obbligato oltre il termine stabilito (*b*).

Se si estingue il debito principale si estingue del pari la fidejussione, come una pura obbligazione accessoria (*c*).

§ 625.

Beneficj legali dei fidejussori.

Al fidejussore competono varii beneficj tanto contro il debitore, quanto contro i creditori.

Esso ha diritto di domandare al debitore, che lo liberi dalla fidejussione, se questi protrae il pagamento, o scialacqua le proprie sostanze (*a*) (confronta anche § 622 in principio).

Contro i creditori gli compete il beneficio della cessione delle azioni (*beneficium cedendarum actionum* § 622), dell'ordine (*ordinis excussionis*), e della divisione (*divisionis*).

Siccome da principio era in libertà del creditore d'impetire prima il debitor principale, o il fidejussore (*b*); così Giustiniano accordò ai fidejussori, che venivano impetiti prima, il diritto di chiedere che il creditore impetisca prima il debitor principale (*beneficium ordinis*), purchè egli sia solvente, possa facilmente essere impetito (*c*), e il fidejussore non abbia rinunziato a questo beneficio (*d*).

Già prima era stato introdotto dall'imperatore Adriano il beneficio della divisione, per cui il fidejussore, se non è solo, può pretendere che il creditore non esiga da lui se non che la sua quota proporzionata (*e*).

Questo beneficio cessa per le stesse ragioni per cui non ha luogo il beneficio dell'ordine (*f*), e inoltre se un solo tutore abbia dati più fidejussori (§ 176 nota *o*); o se qualcheduno negò la prestata fidejussione (*g*).

§ 626.

Del mandato qualificato.

Il mandato qualificato (*a*) ha luogo quando si commette a qualcheduno d'intraprendere un affare in vantaggio di un terzo, a proprio rischio e pericolo (*b*), ovvero di intercedere per esso (*c*).

Il committente qui si chiama in ispecie *mandator*, ed una tal commissione in fondo altro non è che una fidejussione senza stipulazione per un'obbligazione futura, e perciò, quan-

(*a*) fr. 56 § 2, fr. 68 § 1 D. XLVI, 1 *de fidejuss.* — fr. 54 pr. D. XIX, 2 *Locat.*

(*b*) c. 7 C. IV, 65 *De locat.*

(*c*) fr. 68 § 2 D. XLVI, 1.

(*a*) fr. 38 § 2 D. XVII, 1 *Mandat.*—c. 10 C. IV, 35 *Mandat.*

(*b*) c. 5, 19, 20, 23 C. VIII, 41 *De fidejuss.* Diversa è la cosa trattandosi di un fidejussore d'indennità, fr. 16 § 6 D. XLVI, 1.

(*c*) Nov. 4, c. 1 Confr. Sell nel *Giorn. del Dir. e Proc. civ.* III, 2. p. 243 e il suo avversario Chop nell'*Arch. della Prat. civ.* XV, 1. n. III, come pure Jäger nel suddetto *Giorn. di Dir. civ.* V, 2, p. 231.

(*d*) c. 129 C. II, 3 *De pact.*

(*e*) § 4 *Inst.* III, 20 (21). — fr. 26 D. XLVI, 1 *De fidejuss.*

(*f*) fr. 10 pr. D. eod. — c. 3 C. VIII, 41.

(*g*) fr. 10 § 1 D. XLVI, 1.

(*a*) Gesterding *I nomi antichi e moderni della Giurisprudenza*, p. 185-196.

(*b*) fr. 24, fr. 71 § 2 D. XLVI, 1 *De fidej. et mandator.*—fr. 59 D. XVII, 1 *Mandati vel contra.*

(*c*) fr. 6 § 4 fr. 12 § 11, fr. 62 § 1 D. XVIII, 1.

to agli effetti, coincide colla fidejussione (*d*), prescindendo da ciò che deriva soltanto dalla forma della stipulazione.

§ 627.
Del costituto.

Il costituto (*a*) è un patto pretorio con cui qualcheduno promette (*constituit*) l'adempimento di una obbligazione già esistente. Se la promessa risguarda un' obbligazione propria si chiama costituto del debito proprio (*constitutum debiti proprii*), e se risguarda un'obbligazione altrui, egli è un costituto del debito altrui (*constitutum debiti alieni*) (*b*).

I. Nel costituto del debito proprio si richiede:

1. che il costituente si possa validamente obbligare (*c*).

2. che abbia già esistito una obbligazione civile o naturale, purchè questa non sia totalmente riprovata (*d*), o quella inefficace (*e*).

3. mediante il costituto viene soltanto assicurata l'obbligazione precedente, ciocchè è vantaggioso specialmente quando non dava alcun'azione (*f*); o viene mutata, come se qualcheduno promette di pagare entro un termine più breve (*g*), in un altro luogo (*h*), ad un altro creditore (*i*), o un'altra cosa di egual valore (*k*).

Si può anche aggiugnere una condizione od un'obbligazione assoluta (*l*), o diminuire la pretesa (*m*). All'incontro col costituto non si può nè aumentare il debito (*n*), nè mutare una obbligazione condizionata in una assoluta (*o*).

II. Il costituto del debito altrui (*p*) ha gran simiglianza colla fidejussione (*q*), cosicchè il costituente gode anche i beneficj della cessione delle azioni (*r*), dell'ordine (*s*), e della divisione (*t*).

Tuttavia pel costituto non si richiede una stipulazione (*u*), nè esso tende solamente ad assicurare il creditore (§ 623 in principio); poichè la obbligazione può essere mutata appunto nello stesso modo come abbiamo esposto nel costituto del debito proprio.

In generale nasce da quest'affare l'*actio de constituta pecunia* (*v*).

§ 628.
Del contratto di pegno.

Il contratto di pegno (*pignus, contractus pignoratitius vel pignerati-*

(*d*) fr. 6, 7 D. XVI, 1 *Ad senatuscons. Vellej.* — c. 3 C. IV, 18 *De const. pec.* — c. 8 C. IV, 35 *Mandati.* — c. 31 C. IV, 65 *De locat. et cond.* — c. 19, 22 C. VIII, 41 *De fidejuss.* — Nov. 4, cap. 1.

(*a*) D. XIII, 5.— C. IV, 18 *De const. pec.*

(*b*) § 9 *Inst.* IV, 6 *De act.*

(*c*) fr. 1 § 2 D. hujus tit.

(*d*) fr. 1 § 7, 8, fr. 11 pr. D. hujus tit. — c. 2 pr. D. hujus tit.

(*e*) fr. 1 § 7, 8 D. hujus tit.

(*f*) fr. 1 § 7, 8 D. hujus tit.

(*g*) fr. 3 § 2, fr. 4 D. eod.

(*h*) fr. 5 pr. D. eod.

(*i*) fr. 5 § 2 D. eod.

(*k*) fr. 1 § 5 D. eod.

(*l*) fr. 19 § 1 D. eod.

(*m*) fr. 13 D. eod.

(*n*) fr. 11 § 1, fr. 12 D. eod.

(*o*) fr. 19 pr. D. eod.

(*p*) J. C. Koch *de constituto debiti alieni, ejusque a fidejussione discrimine*, Kilonii 1777.

(*q*) fr. 1 § 1, fr. 28 D. h. t.

(*r*) Nov. 4, c. 1.

(*s*) Poichè il testo greco della nov. 4, c. 1 doveva essere tradotto così: « *constituens* » e *constitutae pecuniae reus*, » mentre nella lezione vulgata si legge: « *sponsor* » e « *qui sponsioni se subiecit.* » Confr. *Epit. Juliani* e nov. 136 pr., c. 1 (non glossata), come altresì Glück XIII, pag. 405-411.

(*t*) c. 3 C. IV, 18.

(*u*) § 9 *Inst.* IV, 6 *de action.* — fram. 14 § 3 D. hujus tit.— c. 2 pr. C. hujus tit. Pure si dee notare, che un costituto conchiuso con un verbo impersonale, come p. e. « *fiet tibi satis* » non obbliga il costituente, e che questo non resta obbligato che in proporzione (nel caso concreto per la metà) se ha detto: « *fiet tibi satis a me et ab illo.* » Nov. 115, c. 6.

(*v*) § 8 9 *Inst.* IV, 6.

tius) (*a*) è un contratto reale nominato (§ 503), con cui il debitore stesso, od un terzo per lui (*b*), dà al creditore una cosa in sicurezza della sua pretesa, colla condizione che, dopo pagato il debito, venga restituita. Da questa definizione appare che, mediante un tale contratto, può venire assicurata un'obbligazione tanto propria quanto altrui. Le persone contraenti si chiamano creditore e debitore pignoratizio. Il creditore acquista il possesso della cosa impegnata in senso stretto; ma la proprietà (249, *a*), come pure il possesso civile, restano presso al debitore, se fu oppignorata una cosa altrui (§ 182, *m*).

Si può costituire un pegno non solo per un'obbligazione mista, ma benanche per una naturale e civile (*c*), purchè quella non sia totalmente riprovata, o questa inefficace (*d*) (§ 237).

È soltanto da notarsi che il pegno vien ripetuto non già da chi l'ha costituito, ma dal fisco, se l'obbligazione naturale è totalmente riprovata per riguardi pubblici. Se è riprovata soltanto in favore del debitore, bisogna vedere se si possa ripetere o no quanto fu pagato in dipendenza della medesima. Se fu costituito un pegno per un'obbligazione talmente riprovata che non si possa ripetere quanto si è per essa pagato, e se un tal pegno fu già dal creditore alienato; allora non si può più ripetere il pegno, poichè il creditore alienò in nome del debitore, ed il danaro ricavato dalla vendita è da considerarsi come se lo avesse pagato il debitore stesso. Se questi dunque non può ripetere il danaro pagato, non potrà ripetere neppure il pegno, perchè non è propriamente il pegno che si ripete, ma il danaro pagato. Negli altri casi il pegno si può ripetere (*e*).

Le obbligazioni del creditore e del debitore consistono in ciò che segue:

I. Il creditore deve ben custodire la cosa oppignorata, e rispondere di ogni colpa (*f*), e non può adoperarla, se ciò non gli sia stato espressamente permesso (*g*). Sciolto il vincolo del pegno, deve restituire la cosa oppignorata (*h*); o se fu da esso venduta deve restituire tutto quello che eccede la sua pretesa (§ 252, *b*).

II. Il debitore è parimenti responsabile di ogni colpa, e presta l'interesse s'egli diede in pegno una cosa altrui, o agì dolosamente (*i*); egli deve inoltre rifondere al creditore le spese necessarie, e le utili purchè sieno modiche (*k*).

Da questo contratto nasce, contro il creditore, l'azione di pegno diretta (*actio pignoris directa*), e contro il debitore la contraria (*l*). Della prima si può servirsi anche se il diritto di pegno non nacque da un contratto; così, p. e. l'inquilino se ne può servire contro il locatore, se questi gli trattiene ingiustamente le cose da lui portate in casa (*invecta et illacta*) (*m*).

(*a*) D. XIII, 7. — C. IV, 24 *De pign. act.*

(*b*) fr. 5 § 3 D. XX, 1 *De pign. et hypoth.* — fr. 2 D. XX, 3 *Quae res pign.* — fr. 13 § 11 D XIX, 2 *Local.* — c. 7 C. IV, 29 *Ad senatuscons. Vellej.*

(*c*) fr. 5 pr. fr. 14 § 1 *De pign.* — fr. 101 § 1 D. XLVI, 3 *De solut.*

(*d*) fr. 2 D. XX, 3 *Quae res pegn.* — fr 13 D XX, 6 *Quib. mod pign. solv.*

(*e*) Thibaut *Dissert di Dir. civ.* n. 14.

(*f*) § 4 *Inst.* III, 14 (15) *Quib. mod. re contr. obl.* — fr. 13 § 1, fr. 14 D. XIII, 7 *De pign. act.*

(*g*) § 6 *Inst.* IV, 1 *De obblig., quae ex delict. nact.* — fr. 11 § 1 D. XX, 1 *De pign. et hypoth.*

(*h*) fr. 9 § 3, 4 D. XIII, 7.

(*i*) fr. 1 § 2, fr. 9 pr., fr. 16 § 1, fr. 31, 32, 36 pr. § 1 D. XIII, 7.

(*k*) fr. 8 pr., fr. 25 D. eod. — c. 7 c. IV, 24 hujus tit.

(*l*) § 4 *Inst.* III 14 (15) *Quib. mod. re contr. obl.* — fr. 8 pr. D XIII 7 *De pign. act.*

(*m*) fr. 11 § 5 D. XIII, 7. — fr. 34 D. XXXIX, 2 *De damn. inf.* — Meisner *Esposizione della dottrina del diritto di pegno tacito* § 46.

§ 629.

Patti accessorii del contratto di pegno: — 1. pactum antichreticum.

I. Mediante il patto anticretico (*pactum antichresis, anticreticum*) viene stabilito che il creditore, invece degl'interessi, possa percepire i frutti della cosa oppignorata (*a*).

Anzi se il debitore acquistò un mutuo gratuito, il creditore può appropriarsi dalla rendita della cosa oppignoratogli quanto importerebbero i legittimi interessi (*b*), e ciò si chiama una anticresi tacita, ed in quest'ultimo caso il creditore deve render conto dei frutti percetti; e perciò viene dedotto dal capitale quanto egli avesse percepito oltre gl'interessi legittimi.

Ma se il patto anticretico fu conchiuso espressamente, sembra doversi distinguere come segue:

1. se in luogo degl'interessi furono lasciati al creditore i frutti naturali di uno stabile, non è egli obbligato a renderne conto (*c*), tranne se fosse stato pattuito qualche cosa in contrario (*d*), o se il patto anticretico serva soltanto a mascherare interessi illeciti (*e*).

2. Se in luogo degl'interessi fu lasciato l'uso di una cosa non fruttifera, bisogna vedere se ne fece uso il creditore medesimo, ovvero se l'abbia dato ad altri, ed in quest'ultimo caso, ma non nel primo, è obbligato a render conto (*f*).

(*a*) fr. 33 D. XIII, 7 *De pign act.* — fr. 11 § 1 D. XX, 1 *De pign.* — c. 17 C. IV, 32 *De usur.*
(*b*) fr. 8 D. XX, 2 *In quib. caus.pign. tacite const* Cujac. *Observ.* VIII, c. 17. Alcuni sono di opinione diversa, come p. e. Glück XIV, p. 50 pel fr. 7 D. XIII, 7 *De pign. act.*
(*c*) c. 17 c. IV, 32.
(*d*) fr. 1 § 3 D. XX, 1 *De pign.*
(*e*) c. 26 § 1 C. IV, 32.
(*f*) c. 14 C. eod. Seuffert *Discussione* II, n. 21. — Mackeldey II, § 315, c.

§ 630.

Dei patti accessorii: — *2. che il debitore sia liberato dalla sua obbligazione nel caso che il pegno deperisca; 3. che il debitore non alieni il pegno; 4. che sia permesso al creditore di vendere il pegno; 5. che ciò non gli sia permesso.*

II. Il patto accessorio, che il debitore venga liberato se il pegno deperì per caso fortuito, ha effetto legale (*a*).

III. Quantunque il debitore possa, in regola, alienare il pegno (§ 249); tuttavia l'alienazione è invalida, se il creditore si pattui che non venga venduto (*b*).

IV. Il patto accessorio che sia permesso al creditore di vendere il pegno (*c*), produce l'effetto che può essere venduto senza denunzia al debitore (*d*); e

V. il patto che non ne sia permessa al creditore la vendita, produce se non altro l'effetto, che il debitore prima della vendita ne debba essere avvisato tre volte (*e*).

L'intervallo che dee correre fra un avviso e l'altro non è stabilito nei nostri fonti, e sembra quindi che dipenda dall'equo arbitrio del giudice, almeno nel caso che gli avvisi succedano giudizialmente (*f*), ma quando si facciano stragiudizialmente, deve

(*a*) c. 6 C. IV, 24 *De pign. act.*
(*b*) fr. 7 § 2 D. XX, 5 *De distr. pign.*
(*c*) fr. 4 D. XIII, 7 *De pign. act.*
(*d*) § 1 *Inst.* II, 8 *Quib. alien. licet.* — c. 12 C. VIII, 38 *De contr. et comitt. stip.* Müller nei suoi *Trattati di Dir. civ.* I, p. 103 è di diversa opinione. Secondo questo scrittore, un tale contratto non ha alcun effetto legale, perchè a suo dire il diritto di alienare la cosa è senza di questo compreso, di sua natura, nel pegno. Ma è noto che, dovendo pure i contratti avere un senso, non conviene interpretarli in modo che rimangono affatto senza efficacia.
(*e*) fr. 4, 5 D. XIII, 7 *De pign. act.*
(*f*) arg. fr. 1 § 2 D. XXVIII, 8 *De jure delib.*

essere trascorso fra l'uno e l'altro almeno tanto tempo, quanto, secondo la natura del credito, ne debb'essere lasciato al debitore pel pagamento (*g*).

§ 631.

VI. *Del patto commissorio.*

Il patto commissorio aggiunto al contratto di pegno (confr. § 568) non ha alcun effetto legale. Per patto commissorio poi s'intende la convenzione per cui se il debito non viene pagato in scadenza, il pegno debba restare al creditore in luogo di pagamento (*a*).

Importa lo stesso che questo patto siasi conchiuso da bel principio, quando fu costituito il pegno, ovvero posteriormente (*b*).

Tuttavia il pegno come l'ipoteca si può costituire come condizione che il creditore, se il debito non vien pagato entro il termine pattuito, debba possedere, come compratore, la cosa, da stimarsi dietro il suo valore, poichè in questo caso viene in certo modo finta una compra condizionata (*c*). È valido anche il patto che il fidejussore, il quale pagò pel debitore, debba conseguire come compratore le cose oppignorate al creditore (*d*).

§ 632.

Del patto d' ipoteca.

Il patto d'ipoteca (*pactum hypothecae*) è un patto pretorio con cui viene costituito al creditore il diritto di pegno sopra una cosa senza la tradizione della medesima (§ 235) (*a*).

Da questo patto non meno che dal contratto di pegno nasce l'azione ipotecaria (*b*).

Ma ambedue i patti si distinguono in ciò, che il creditore nel patto d'ipoteca non ha nè il possesso nè la detenzione della cosa oppignorata; e perciò non è partecipe neppure di quei diritti che competono ai possessori e detentori; inoltre in ciò, che un'ipoteca può venire costituita anche sopra cose future (*c*), e finalmente, che per lo più il pegno si costituisce sopra cose mobili, e l'ipoteca sopra immobili (*d*).

CAPO VI.

Della mutazione delle obbligazioni.

§ 633.

Della novazione in genere.

La novazione (*novatio*) (*a*) è in generale ogni mutazione fatta ad un'obbligazione, ed in questo senso tutte le obbligazioni, tranne le riprovate, sono suscettibili di una novazione (*b*).

Se resta la prima obbligazione, e le viene soltanto mutata qualche cosa, p. e. aggiuntavi una condizione od un termine (*c*), questa si chiama novazione cumulativa; ma se invece della prima ne viene costituita una

(*g*) fr. 105 D. XLVI, 3 *De solut.* — fr. 60, fr. 137 § 3, D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — fr. 2 § 6 D. XIII, 4 *De eo, quod certo loco.* Müller p. 108.

(*a*) c. 3 C. VIII, 35 *De pact. pign.*

(*b*) Non osta c. 13 C. VIII, 14 *De pign. et hypoth.* Confr. Glück XIV, p. 92, e Gesterding *Dottrina del Diritto di pegno*, Greifsw. 1816. p 206.

(*c*) fr. 16 § 9 D. XX, 1 *De pign. et hypoth.* Di diversa opinione è Weber nei suoi *Saggi di Diritto civ.* n. 5. Ma veggansi Glück XIV, p. 96 e Thibaut *Diss. civ.* p. 89, n. 24.

(*d*) fr. 81 pr. D. XVIII, 1 *De contr. emt.*

(*a*) fr. 1 pr. D. XIII, 7 *De pign. act.* — fr. 4 D. XX, 1 *De pign.*

(*b*) § 7 *Inst.* IV, 6 *De act.* — fr. 5 § 1 D. XX. 1, — fr. 17 § 2 D. II, 14 *De pactis.* Confrontisi § 242. m

(*c*) fr. 15 pr. D. XX, 1.

(*d*) § 7 *Inst.* IV, 6, — fr. 238 § 2 D. L, 16 *De verb. sign.* Si possono dare in pegno anche cose immobili (fr. 11 § 1, fr. 31 D. XX, 1.— fr 16 § 2 D. XIII, 7) e cose mobili in ipoteca (fr. 34 D. XX, 1).

(*a*) D. XLVI, 2. — C. VIII, 42 *De novat. et delegationibus.* — Gaji II, 38 39, III, 176-179. — Giov. Kopp. *Intorno la novazione*, Hanau 1811.

(*b*) fr. 1 § 1 D. cit.

(*c*) c. 8 C. cit.

nuova in maniera che quella resti totalmente soppressa, vi ha una novazione privata, novazione in senso stretto (*d*).

La cumulativa si divide in *volontaria* (*e*) e *necessaria* (*f*) secondo che si fonda in una convenzione volontaria, ovvero nella legge. Una novazione volontaria ha luogo p. e. mediante il giuramento stragiudiziale (§ 565); ed una necessaria mediante contestazione di lite, poichè, successa che sia questa l'azione passa sempre agli eredi (§ 113 in fine); talvolta le viene così assicurata una durata più lunga (§ 112) (*g*), e dopo emanata la sentenza si può intentare l'*actio judicati* (*h*).

§ 634.
Della novazione privativa.

La novazione privativa può aver luogo in due maniere, restando lo stesso creditore e debitore (*novatio simplex*), ovvero mutandosi il debitore o il creditore (*novatio cum delegatione*). In regola la novazione privativa si può fare soltanto mediante stipulazione (§ 515) (*a*), ma trattandosi di obbligazioni naturali o di quelle che nascono da un contratto consensuale basta un semplice patto (*b*). Si richiede però sempre che i contraenti abbiano la volontà di far una novazione; la quale dunque succede se viene mutato l'oggetto della obbligazione (*c*), o se con animo di produrre una novazione vien tolta od aggiunta una condizione, un termine, un fidejussore (*d*), od in qualunque altro modo vien dichiarata la intenzione di far una novazione (*e*). Solamente è da notarsi che questa intenzione non può venire presunta, ma dev'essere dichiarata espressamente, poichè altrimenti resta in vigore la prima obbligazione, e se ne aggiunge ancora una nuova (*f*).

§ 635.
Della Expromissione.

L'*expromissione* è quella specie di novazione per cui qualcheduno (*a*) assume l'obbligazione altrui, in maniera che il primo debitore ne viene totalmente liberato. È sempre necessario che il creditore vi acconsenti, ma essa può aver luogo anche senza la volontà del debitore (*b*).

§ 636.
Della Delegazione.

La delegazione ha luogo quando il primo debitore (*delegans*) sostituisce verso il creditore (*delegatarius*) un altro debitore (*delegatus*) (*a*), ovvero

(*d*) fr. 1 pr. D. cit. « *Novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione.* »
(*e*) fr. 29 D. cit.
(*f*) Vedi intorno a quest'espressione Buchers *Diritto delle oblig.* p. 361, nota c.
(*g*) fr. 29 D. cit.
(*h*) c. 3 pr. C. VII, 54 *De usur. rei jud.*
(*a*) fr. 1 § 1, fr. 2, fr. 8 § 1, fr. 29 D. cit. — fr. 91 § 6 D. XLV, 1 *De verb. oblig.* — c. 6 C IV, 2 *Si certum pet.* — c. 2 C. VII, 53 *De exsec. rei jud.*
(*b*) § 4 *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. tollit. oblig.* — fr. 7 § 6, fr. 27 § 2 D. II, 14 *De pact.* — fr. 72 pr. D. XVIII, § *De contr. emt.* — Di opinione in parte diversa è Hasse nella sua *Diss*, *Annoveratio voluntaria esse possit citra stip.*, Kilon 1811.
(*c*) fr. 28 D. XLVI, 2 hujus tit.
(*d*) § 3 *Inst.* III, 29 (30).
(*e*) fr. 2 D. hujus tit. — fr. 91 § 6 D. XLV, 1 *De verb. oblig.*
(*f*) § 3 *Inst.* III, 29 (30). — c. 8 c. VIII, 42 hujus tit., la qual costituzione per esser concepita in termini generali si riferisce anche all'*expromissione* ed alla *delegazione*. Hepp. nell' *Arch. della Prat. c.* XV, 2, p. 246. Di diversa opinione è negli *Ann.* di Schunck XXI, 3, p. 307 lo scrittore che fece l'analisi di Hepp.
(*a*) § 41 *Inst.* II, 1 *De rer. div.* — fr. 53 D, XVIII, 1 *De contr. emt.* — fr. 7 § 8 D. IV. 3 *De dolo malo.* — fr. 4 § 3 D. XLII, 1 *De re jud.*
(*b*) § 3 *Inst.* III, 29 (30) — fr, 8 § 5 D. XLVI, 2 hujus tit. — fr. 91 D. XLVI, 3 *De solut.*
(*a*) fr. 11 pr. D. XLVI, 2 *De nov. et deleg.* — c. 1, 3 C. VIII, 42 *De nov. et deleg.*

il creditore sostituisce verso il suo debitore un altro creditore (*b*).

Nella delegazione devono intervenire col loro assenso tutte le persone interessate, ed avere e dichiarare espressamente la intenzione di far una novazione (*c*).

Vi si richiedono dunque tre convenzioni, una doppia procura fra il delegante e il delegato (*d*) e fra il delegante e il delegatario (*e*), e finalmente una convenzione fra il delegato e il delegatario, la quale devesi fare in forma di stipulazione (*f*).

§ 637.
Effetti della novazione privativa.

Gli effetti della novazione privativa sono i seguenti:

1. cessa intieramente la prima obbligazione con ogni suo accessorio, pegni, fidejussori ec. (*a*), e ne nasce

2. una nuova, a cui nulla si applica della prima (*b*). Perciò tanto colla *expromissione* quanto colla delegazione viene liberato il primo debitore, benchè il nuovo fosse insolvente (*c*), se la stipulazione non era fatta in modo che il primo debitore sia responsabile se il posteriore non paga (*d*).

Per la stessa ragione non giovano al delegato le eccezioni che il delegante avrebbe potuto opporre al creditore (*e*).

(*b*) c. 6 C. eod. — c. 11 C. VIII, 54 *De donat.*
(*c*) Gesterding nell'*Arch. della Prat. c.* II, 2, p. 232.
(*d*) fr. 45 § 7, 8 D. XVII, 1 *Mandati.* — fr. 17, fr. 22 D. XLVI, 2.
(*e*) fr. 45 § 4 D. XVII, 1.
(*f*) fr. 11 § 1, fr. 22, fr. 24, fr. 31 in fine, fr32, fr. 33 D. XLVI, 2. — c. 1, 5 C. VIII, 42.
(*a*) § 3 *Inst.* III, 29 (30). *Quib. mod tollit. oblig.* — fr. 1 pr., fr. 18 D. XLVI, 2. — c. 2 C. VIII, 42.
(*b*) fr. 2 pr., fr. 12, 15, 19, 29, 33 D. cit.
(*c*) § 3 *Inst.* III, 29 (30). — fr. 26 § 2 D. XVII, 1 *Mandat.* — c. 3 C. VIII, 42.
(*d*) fr. 45 § 7 D. XVII, 1.
(*e*) fr. 12, 13, 19 D. XLVI, 2.

Ed appunto perchè il primo debitore viene intieramente liberato, e si estinguono tutte le eccezioni a lui competenti, e perchè la delegazione ha luogo soltanto mediante una stipulazione, differisce ella specialmente dalla cessione (vedi il capo seguente).

§ 638.
Della Transazione.

Siccome mediante una transazione viene mutato in parte il fondamento ed in parte l'oggetto dell'obbligazione anteriore, e si rende certo un diritto finora incerto, così è manifesto che la transazione è una specie di novazione, e che noi perciò ne possiamo qui trattare come a suo luogo (*a*).

La transazione (*transactio*) (*b*) è un patto mediante il quale un diritto prima incerto (*c*) viene convertito in certo col promettere, dare, o trattenere (*d*) reciprocamente qualche cosa.

Dalla definizione data segue che non può aver luogo una transazione sopra una sentenza la quale non possa più essere annullata nè mediante appellazione, nè mediante altri mezzi legali (*e*), tranne se qualcheduno volesse con una novazione rendere inefficace l'*actio judicati* (*f*); e che non

(*a*) Kaufmann § CXXVI.
(*b*) D. II, 15. — C. II, 4 *De transact.* — L. A., Renthe *Dottrina delle transazioni*, Rost. e Lipsia 1789 — De Lutzenberger *Diss. exibens transactionis notionem, eamque ineundi modos. ex jur. rom. princ.* Tubing. 1795. — G. B. Redlich *Comm. de transact.*, Lips. 1824.
(*c*) c. 12 C. hujus tit.
(*d*) fr. 1 D. hujus tit. — c. 38 C. hujus tit.
(*e*) fr. 7 pr. D. hujus tit. — fr. 23 § 1 D. VII, 6 *De cond. indeb.*
(*f*) c. 32 C. hujus tit *Coll. cum* Pauli *recept. sentent.* I, 19 § 2. « *Ex his causis, quae infiliactione duplantur* (fra le quali si annovera l'*actio judicati*) pacto *decidi non potest.* » Quindi per le Leggi romane era inammissibile un contratto contrario ad una sentenza giudiziale, ma sembra che potesse aver luogo una novazione fatta in forma di stipulazione. Francke nel *Giorn. crit.* di Tob. IV, 1, p. 46. Del resto si legga intorno al

fa una transazione neppur quegli il quale rilascia un diritto certo (*g*), o rinunzia ad un diritto incerto senza patuirsi perciò alcun compenso (*h*).

Nella transazione valgono i precetti generali dei contratti, ma è da osservare in quanto all'errore, che questo rende nulla la transazione soltanto nel caso che sia incorso sopra una circostanza ritenuta certa (*i*), e non sopra quella circostanza dubbiosa circa la quale i contraenti voleano transigere (*k*).

Una transazione non si può dunque impugnare per documenti falsi, o per un errore di conteggio, quando essa verteva appunto sopra quei documenti, o sopra un conteggio; mentre all'incontro può essere impugnata quando in occasione della medesima furono ritenuti per veri dei documenti falsi, ed un conteggio erroneo per giusto (*l*).

Ognuno il quale possa liberamente disporre delle proprie sostanze può transigere sopra qualunque oggetto dipendente dal suo arbitrio; e perciò una transazione può bensì aver luogo circa una pena privata, ma non circa una pubblica (*m*). E siccome quelli a' quali furono con testamento lasciati gli alimenti (*n*), si lasciavano facilmente indurre ad una transazione contentandosi di una somma più bassa ma pronta; così l'imperatore Marco con un'orazione recitata in senato fece sì che non fosse più valida alcuna simile transazione (*o*), se non veniva conchiusa coll'intervento del pretore (*p*).

Finalmente non si può transigere sopra questioni insorte da un testamento, nè rintracciare in altra guisa la verità, finchè non vi sono vedute e conosciute le parole stesse del testamento (*q*).

La transazione si divide in generale, e particolare; la prima è quella che si fa sopra tutte le cose ed obbligazioni di una specie determinata, p. e. sopra tutte le obbligazioni derivanti da un contratto di società; nella seconda vengono nominati i singoli oggetti su cui si transige. Una transazione generale si riferisce a tutto ciò che vien compreso sotto una certa specie, e non si può dare ascolto a chi volesse impugnarla sotto il pretesto di non aver pensato a tutto ciò che vi si comprendeva (*r*); ad eccezione soltanto di ciò a cui i contraenti non potevano neppure pensare (*s*), o ciò che uno di essi dolosamente nascose (*t*). Ma la transazione speciale si deve interpretare rigorosamente non è da estendersi oltre i termini stabiliti (*u*).

§ 639.
Effetti della transazione.

Se la transazione fu conchiusa mediante stipulazione, ne nasce l'*actio ex stipulatu*, e se qualcheduno diede

senso ambiguo della c. 32 C. hujus tit. Thibaut nell'*Arc. della Prat c.* VIII, 2, p. 301 e IX, 1, p. 76 e Schunck *Ann.* III, 1, p. 44.

(*g*) fr. 1 D. hujus tit. — c. 12 C. hujus tit.

(*h*) c. 38 C. hujus tit.

(*i*) fr. 3 § 1, fr. 12 D. hujus tit. — fr. 36 D. X, 2 *Fam ercisc.*

(*k*) fr. 65 § 1 D. XII, 6 *De cond. indeb.* — fr. 78 § 16 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons Trebell.* — c. 2, 19 C. hujus tit. — c. 6 C. I, 18 *De jur. et fact. ignor.*

(*l*) c. 42 C. hujus tit. — c. 6 C. II, 5 *De errore calculi.*

(*m*) fr. 7 § 14, fr. 17 § 1, fr. 27 § 4 D. II, 14 *De pact.* — fr. 54 (56) § 5, fr. 56 (58) § 4 D. XLVII, 2 *De furt.*

(*n*) fr. 8 § 2 D. hujus tit.

(*o*) Cioè intorno agli alimenti per l'avvenire c. 8 C. hujus tit.

(*p*) fr. 8 pr. D. hujus tit

(*q*) fr. 6 D. hujus tit. Il fr. 1 § 1 D. XXXIX, 2, *Test. quemadmod. aper.* non sembra opporvisi, Wening II,3, § 196 Glück V, § 349.

(*r*) fr. 12 D. hujus tit. — c. 29 C. hujus tit.

(*s*) fr. 3 § 1, fr. 5, fr. 9 pr. § 1 e 3, fr. 12 D. hujus tit.

(*t*) fr. 35 D. II, 14 *De pactis.*

(*u*) c. 31 C. h. t.

già adempimento ad una transazione conchiusa senza stipulazione, può impetire la controparte coll'*actio praescriptis verbis* per la natura di un contratto reale innominato (*a*).

Tuttavia per motivi di pubblico interesse non ha luogo nella transazione il diritto di recedere, ammesso nei contratti innominati (§ 509) (*b*). In altri casi la transazione ha soltanto la natura di un semplice contratto, che produce solamente una eccezione contro di quello (*c*) che non presta quanto dovrebbe in virtù della transazione; contro di questo non vi è dunque altro mezzo legale che l'azione anteriore, e se mai l'avversario vi oppone l'eccezione della conchiusa transazione, l'attore, mediante la *replicatio doli*, può far sì che quello debba adempiere la transazione. (*d*) (Confr. ancora §§ 489, e 523, *f*).

CAPO VII.

Della cessione, ossia traslazione ad altri delle azioni nascenti dalle obbligazioni.

§ 640.

Cessione (*a*).

Siccome, secondo l'antico Diritto romano, le obbligazioni erano limitate al solo creditore e debitore, così i creditori non poteano trasmettere ad un altro il loro diritto se non se col commettergli in suo proprio vantaggio l'azione nascente dall'obbligazione, il quale poi come *procurator in rem suam* intentava l'azione invece del creditore, e tratteneva per sè ciò che ne acquistava.

Questa commissione era chiamata dai Romani *cessio nominis, obligationis* ovvero *actionis* (*b*), ed oggi si chiama semplicemente cessione. Ma secondo le Costituzioni di Antonino Pio (*c*) e suoi successori (*d*), a quello a cui fu trasferita una obbligazione viene accordata anche senza cessione un'azione analoga, che esso può accampare anche in nome proprio. Chi trasferisce la obbligazione si chiama cedente, chi la riceve cessionario e il debitore si chiama cesso.

§ 641.

Soggetti e oggetti della cessione.

Tutti quelli che possono alienare possono anche cedere le loro azioni, a tutti quelli che possono acquistare e che si possono obbligare, se la cessione si fa a titolo oneroso. Ma se si cedono a persone potenti delle azioni personali di qualunque sorte esse siano, i creditori perdono in tal caso i loro crediti (*a*).

Non si possono cedere neppure ai tutori o curatori azioni contro pupilli e curandi, sotto pena della perdita (*b*).

Oggetto della cessione possono essere non solo azioni personali, ma be-

(*a*) c. 6 c. 33 C. II, *De transact.*
(*b*) fr. 65 § 1 D. XII, 6 *De condict indeb.* — c. 6. 17, 39 C. hujus tit.
(*c*) fr. 16 D. II, 15 *De transact.* — c. 36 C. h. t. — c. 21 C. II, 3 *De pactis.* Mackeldey § 500. — Wening, II, 3, § 197. Alcuni giureconsulti dei tempi addietro risguardavano la transazione come un patto parte pretorio, e parte legittimo: vedi Kaufmann § CXXVI, 2.
(*d*) c. 28 C. hujus tit. — fr. 27 pr. D. V, 2 *De inoff test.*

(*a*) C. F. E. Schmidt *De cessione act. ejusque effectu.* Vittemberg. 1811, e specialmente C. F. Mühlenbruch *Dottrina della cessione di crediti*, Greifswalde 1817 2 da ediz. 1826.
(*b*) fr. 24 pr. D. IV. 5 *De minor.* — fr. 2 § 5 D. X, 2 *Famil. crcisc.* — fr. 3 § 5 D. XV. 3 *De in rem verso.* — fr. 8 § 10 in fine D. XVII, 1 *Mand.* — c. 4 C. II, 13 *De procur.*
(*c*) fr. 16 pr. D. II 14.
(*d*) c. 2 C. IV, 10 *De oblig. et act.* — c. 5 C. IV 15 *Quando fiscus v. priv.* — c. 7 8 9 C. IV, 39 *De heret. vel act. vend.* — c. 18 C. VI, 37 *De legat.*

(*a*) c. 2 C. II 14 *Ne liceat potentior.*
(*b*) Nov. 72, c. 5.

nanche reali (*c*); ne sono per altro eccettuate:

1. quelle azioni le quali sono talmente connesse colla persona del creditore, che esse per legge non possono essere trasferite ad un terzo nè a titolo oneroso nè a gratuito (*d*), o le quali nascono da una obbligazione che fu contratta con riguardo a speciali qualità del creditore (*e*).

2. le azioni popolari (*f*) come pure quelle che nascono da un tale delitto, per cui non sia stata diminuita la sostanza dell'offeso (§ 113); come l'azione d'ingiurie (*g*), la querela d'inofficiosità (*h*), l'azione tendente a rivocar una donazione per ingratitudine (*i*);

3. azioni già intentate; non si possono cedere in pendenza della lite (*k*).

4. azioni dipendenti da un'obbligazione accessoria, se non venne cesso nello stesso tempo anche il diritto principale (*l*).

§ 642.
Requisiti della cessione.

Per la cessione si richiede il consenso tanto del cedente quanto del cessionario; ma non così quello del creditore cesso (*a*), mentre colla cessione non si muta di niente la sua situazione (confr. il § seguente). Talvolta in forza di una causa precedente si devono cedere le azioni ad un altro, p. e. se qualcheduno deve per legge pagare per un terzo, egli può chiedere dal creditore la cessione dell'azione contro il debitore, come il fidejussore che pagò pel debitore (§ 622); così pure dopo l'adizione della eredità deve l'erede cedere ai legatarj i crediti loro dal testatore lasciati, ec. (*b*). Questa si chiama una cessione necessaria ed all'incontro volontaria quella che dipende dal libero arbitrio del cedente.

§ 643.
Effetti della cessione.

Se la cessione si fa a titolo gratuito, il cedente non è responsabile nè per la liquidità (*nomen verum*), nè per la esigibilità del credito (*nomen bonum*) (§ 489, 10); se poi si fece a titolo oneroso, egli è bensì responsabile per la liquidità, ma non per la esigibilità del credito cesso, tranne s'egli l'avesse espressamente promessa, o avesse agito nella cessione dolosamente (*a*).

Liquido si chiama un credito il quale non solo esiste, ma non può neppure essere affievolito mediante qualche eccezione; *esigibile* poi chiamasi quando il debitore è capace di pagare.

Colla cessione non si estingue il credito del cedente; il debitore dunque può ancora essere da lui stesso impetito (*b*); tuttavia egli deve restituire al cessionario tutto ciò che avesse dal debitore acquistato (*c*). Se agiscono ambedue contro il debitore, il cessionario aver deve la preferenza (*d*).

(*c*) c. 9 C. IV, 39 *De hered. vel act. vend.*
(*d*) Vedi p. e. § 1 *Inst.* II, 5 *De usu ed habit.*
(*e*) Tale sarebbe un contratto di società, fr. 19 D. XVII, 2 *Pro socio.*
(*f*) fr. 5, fr. 7 pr. D. XLVII. 23 *De popul. act.*
(*g*) fr. 28 D. XLVII, 10 *De injur.* — fr. 32 pr. D. XXXV, 2 *Ad leg. Falc.*
(*h*) fr. 8 pr. D. V, 2 *De inoff. test.* — fr. 1 § 8 D. XXXVIII, 5 *Si quid in faud. patr.*
(*i*) c. 1 7, 10 C. VIII, 56 *De revoc. donat.*
(*k*) c. 2, 4 C. VIII, 37 *De litigios.*
(*l*) Mühlenbruch § 28.
(*a*) c, 3 C. IV 39 *De hered, vel. act. vend.*
(*b*) Confr. Mühlenbruch § 37, 38 — e Wening II, 3 § 46.
(*a*) fr. 4, 5 D. XVIII, 4 *De hered. vel act. vend.* — fr. 74 § 3 D. XXI, 2 *De evict.*
(*b*) c. 3 C, IV, 35 *Mandati.*
(*c*) fr. 23 § 1 D. XVIII, 4 *De hered. vel. act., vend.*
(*d*) fr. 55 D. III, 3 *De procur.*

Ma se quest' ultimo ha già incoato il processo contro il debitore, o resa nota al debitore la cessione, allora questi non è più tenuto che verso il cessionario (*e*).

Il cessionario ha contro il debitore gli stessi diritti che avea il cedente, e perciò egli si serve a tutta ragione non solo dei privilegi inerenti al credito, ma benanche di quelli inerenti alla persona (*f*), ma non già di quelli che non hanno alcuna connessione col credito ceduto (*g*).

Non competono al cessionario neppure quei privilegi ch'egli avrebbe avuto se avesse contrattato col debitore egli stesso (*h*). E siccome la situazione del debitore non si muta minimamente mediante la cessione, così egli può anche opporre al cessionario tutte le eccezioni che si potevano fare al primo creditore (*i*).

§ 644.
Della legge Anastasiana.

Per impedire l'acquisto delle liti altrui, fu ordinato mediante una legge detta *Anastasiana* dal suo autore, che i compratori di un credito i quali pagarono pel suo acquisto meno di quello che esso importa, non possano pretendere dal debitore niente di più che il prezzo da essi effettivamente sborsato, e i relativi interessi; il resto deve esser bonificato al debitore (*a*).

Da questa disposizione sono eccezionate le cessioni fra coeredi, collegatarj e fedecommessarj, nel caso che si cedano diritti comuni ereditarj; sono inoltre eccetuati i casi in cui il creditore accetta un credito in vece di pagamento, o il possessore di un pegno si fa cedere dei crediti inerenti alla cosa per tutelare il possesso (*b*).

Siccome sovente per deludere la legge Anastasiana si vendeva una parte del credito, e si trasferiva il resto mediante una finta donazione; così ordinò Giustiniano che in avvenire possa essere venduto o donato soltanto il credito intiero (*c*).

CAPO VIII.
Della estinzione delle obbligazioni.

§ 645.
Come si estinguono in generale le obbligazioni.

I modi onde si estinguono le ob-

(*e*) c. 3 C. VIII, 62 *De nov. et deleg.* Se al debitore non è stata notificata la cessione dal creditore, ma invece da un terzo, esso ha diritto ancora di pagare il suo primo creditore, poichè l'opinione di coloro che sostengono il contrario, non si può appoggiare al fr. 17 D II, 15 *De transact.*

(*f*) In vista del fr. 68 D. L, 17 *De reg. juris*, e del fr. 42 D. XXVI, 7 *De administr. et peric. tut.* alcuni sono dell' opposta opinione, ma veggasi fr. 2 pr., fr. 6 fr. 23 pr. D. XVIII, 4 *De hered. vel act. vend.* — c. 5 C. IV, 39 eod. — c. 7 C. VII, 73 *De priv. fisc.*

(*g*) Mühlenbruch § 57.

(*h*) fr. 38 D. IV, 4 *de minor.* — c. 5 C. IV, 39. — fr. 156 § 3, fr. 175 § 1, fr. 177 pr. D. L, 17 *de reg. jur.* Non vi è che il fisco, l'imperatore e la sua Consorte, che ai crediti loro ceduti uniscano i loro privilegi, fr. 6 D. XLIX, 14 *de jure fisci.* — fr. 43 D. XXII, 1 *de usur.* — Vedi per altro il § 641.

(*i*) fr. 17 D. II, 15 *De transact.* — fr. 70 § 2 D. XXXVI, 1 *Ad senatuscons. Trebel.* — fr. 54 fr. 143 D. L, 17 Francke nell' *Arch. della Prat. c.* XVI, 3. n. 15. Molti, di regola, eccettuano l'eccezione di dolo, ma il fr. 4 § 28, 29, 31 D. XLIV, 4 *De except. doli mali*, sul quale si vuol fondare una tale eccezione, non tratta di crediti ceduti, Francke p. 429.

(*a*) c. 22 C. IV, 35 *Mandati.*—Glück XVI, pag. 458.

(*b*) c. 22 C. eod. È vero bensì che Giustiniano ha colla c. 24 C. eod. abolite queste eccezioni, ma quella Costituzione, siccome è una così detta *lex restituta*, non è glossata.

(*c*) c. 23 C. eod. § 1. « *Si quis autem occulte aliud .... agere conatur, et pecunias pro parte accipit, et vendit particulatim actiones, partem autem donare simulat .... ut* (*emtor*) *nil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit: sed omne, quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utriusque eorum actionem.* »

bligazioni sono comuni a tutte le obbligazioni ovvero a tutta una specie delle medesime, o sono proprii di una sola data obbligazione. A questi appartengono:

1. la morte di un socio (§ 538), del mandante, o mandatario (§ 543), del giudice arbitro o di uno dei compromittenti (§ 546 in fine);

2. il recesso unilaterale, ed invero *arbitrario* nel precario (§ 513 *h*) e negli altri contratti innominati (§ 509), nel contratto di società (§ 538, 3) e nel mandato (§ 543, 3 e 4), oppure il recesso *per importanti motivi:*

a. pel cambiamento delle circostanze, come nella locazione, se il locatore ha bisogno egli stesso della cosa locata, o se questa abbisogna di una riparatura che non soffre indugio (§ 531): nella donazione, per ingratitudine del donatario, o per la nascita di un figlio avvenuta dopo la donazione ad un padrone senza figli (§ 550, II, III);

b. per la perfidia dell'altro contraente, come quando si revoca la locazione, perchè il conduttore si comporta male circa la cosa locata, o non paga l'affitto per due anni intieri (§ 531): nella donazione, per inadempimento dello scopo prefisso (§ 551): nell'enfiteusi, se l'enfiteuta perde per motivi legittimi il suo diritto (§ 230, III, 4).

3. L'estinzione del diritto su quella cosa sulla quale fu concesso un diritto ad un altro (§ 531, 2).

Dei modi di estinzione comuni a tutte le obbligazioni ne abbiamo già veduti parecchi, come il decorso del tempo (§ 93), l'evenienza di una condizione resolutiva (§ 494), la novazione privativa (§ 633), la prescrizione (§ 112, V).

Gli altri si possono ridurre alle quattro seguenti specie:

I. il pagamento;

II. il cambiamento dello stato della cosa;

III. il rilascio del credito, e

IV. la restituzione in intiero (*a*).

§ 646.

I. *Il pagamento. Chi possa pagare, ed a chi possa esser pagato.*

Per pagamento (*solutio*), in senso lato (*a*), s'intende qualunque estinzione delle obbligazioni (*b*); in senso stretto e proprio, nel quale quivi si prende, è la prestazione effettiva e dal creditore accettata di ciò che si deve (*c*).

In senso poi strettissimo s'intende soltanto la prestazione di danaro contante (*d*).

I. Propriamente non può pagare che il debitore il quale possa liberamente disporre delle cose proprie (*e*); ma in di lui nome possono pagare anche il procuratore (*f*), e chi ne ha per legge la facoltà, come un tutore, e curatore (*g*). Ma anche ogni altra persona senza consaputa e volontà del debitore può pagare per lui, cosicchè egli resta liberato dal debito (*h*).

Chi paga per qualcheduno senza ch'esso ne sappia nulla, può ripetere da lui quanto ha pagato coll'*actio negotiorum gestorum,* tranne se al debitore importava che il debito non

(*a*) È vero bensì che la restituzione in intiero non si limita soltanto alle obligazioni e ch'essa non le fa sempre cessare, anzi talvolta le fa rivivere se già estinte; ma noi a somiglianza di Kaufmann esporremo qui questa dottrina in tutta la sua estensione, onde non esser costretti a trattarne a brani in più luoghi.

(*a*) D. XLVI, 3. — C. VIII, 43 *De solut. et liberat.*

(*b*) fr. 52, 54 D. hujus tit. — fr. 47, 176 D. L, 16 *De verb. sign.*

(*c*) fr. 176 D. L. 16.

(*d*) fr. 4 § 3 D. XLII, 1 *De re jud.*

(*e*) § 2 *Inst.* II, 8 *Quibus alienare licet, vel non.*

(*f*) fr. 56 fr. 87 D. XLVI. 3 hujus. tit

(*g*) fr. 9 § 1, 5, fr. 15 § 2 D. XXVI, 7 *De administ. et peric. tut.*

(*h*) pr. *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. toll. oblig.* — fr. 25, 53 D. hujus tit.

venisse pagato (*i*); ma chi pagò contro la volontà del debitore, non può ripeter nulla (*k*) se non si fa cedere dal creditore le sue azioni (*l*).

II. Il pagamento si deve fare al creditore stesso, se può liberamente disporre della propria facoltà, ovvero a quello che è dal creditore o dalla legge abilitato ad accettare il pagamento. Se dunque il creditore è un pupillo o un minorenne, si deve pagare il tutore, o curatore, coll'approvazione giudiziale; anzi gl'interessi ed i redditi che non sorpassano la somma di 300 solidi, nè lo spazio di due anni, si possono pagare anche senza questa approvazione (*m*).

Inoltre si può pagare anche ad un procuratore, che sia destinato ad incassare (*n*), ed a quello che nella conclusione del contratto fu destinato a ricevere il pagamento (*o*); anzi a quest'ultimo si può pagare perfino contro la volontà del creditore (*p*): tuttavia questi può ripetere quanto quegli ha ricevuto (*q*).

Finalmente si può pagare anche quello a cui fu oppignorato un credito (*r*).

(*i*) fr. 43 D. III, 5 *De negot. gest.*
(*k*) c. 24 C. II, 19 *De negot. gest.*
(*l*) fr. 39 D. XLVI, 1 *De fidej.* — c. 3, c. 7 C. VII, 73 *De jure fisci.*
(*m*) § 2 *Inst.* II, 8 *Quib alienare licet.* — fr. 15 D. XLVI, 3 hujus tit. — c. 25, 27 C. V, 37 *De administr. et peric. tut.*
(*n*) fr. 11 D. II, 14 *De pact.* — fr. 180 D. L, 17 *De reg. jur.*
(*o*) fr. 10, fr. 12 § 1 D. XLVI, 3 hujus tit. Brandis nel *Mus. ren.* V, 3, p. 257 ha dimostrato diffusamente, che colla formula: *mihi aut Titio dare spondes? spondeo* si fonda un rapporto di diritto solo fra lo *stipulatore* e il promittente, e che Tizio comparisce soltanto come *solutionis causa adjectus.*
(*p*) fr. 71 pr., fr. 106 D. eod.
(*q*) fr. 131 § 1 D. XLV, 1 *de verb. oblig.*
(*r*) fr. 18 pr. D. XIII, 7 *de pign. act.* — c. 4 C. VIII, 17 *Quae res pign. oblig.*

§ 647.

Oggetto e modo del pagamento.

Nel pagamento bisogna prestare ciò che si deve, e non si può costringere il creditore a ricevere una cosa per un'altra (*a*) (confr. § 651 e 420 nota *o*). Inoltre si deve pagare il debito tutto in una volta, e non in parti (*b*); tranne se non fosse liquida che una sola parte di esso (*c*).

Ma vi sono persone che non possono venir condannate al pagamento dell'intiero debito, ma solo di ciò che sono capaci di prestare (*d*); e che anche in questo caso hanno diritto al necessario sostentamento (*beneficium competentiae*) (*e*).

Ciò che manca a pareggio del credito può in seguito il creditore pretenderlo soltanto nel caso che sia stata per ciò prestata una speciale cauzione (*f*).

Questo benefizio compete soltanto alle persone espressamente dalla legge indicate, e perciò non passa agli eredi (*g*), nè ai fidejussori (*h*), anzi neppure il debitore può farlo valere se

(*a*) p. *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. toll. oblig.* — fr. 2 § 1 D. XII 1, *de reb. cred.* — c. 16, 17 C. VIII, 43 *de solut.*
(*b*) fr. 13 § 8 D. XIX, 1 *de act. emt.* — fr. 41 § 1 D. XXII, *de usur.*
(*c*) fr. 21 D. XII, 1 *de reb. cred.*
(*d*) Se quindi la dote importa per modo d'esempio 100 zecchini e il marito ne abbia soli 50, esso non deve condannarsi che a pagarne 50, Theophil. *Paraphr. ad* § 37 *Inst.* IV, 6 *de act.*
(*e*) Ritenendo l'esempio addotto, il marito non potrebbe per ciò venir condannato nemmeno al pagamento dei 50 zecchini, ma avrebbe diritto di ritenersene tanti quanti gli sono necessarii per sostentarsi, fr. 19 in fine fr. 30 D. XLII, 1 — fr. 173 pr. D. L, 17 *de reg. jur.*
(*f*) fr. 63 § 4 D. XVII, 2 *Pro socio.* — c. un § 7 C, V, 13 *de rei uxor. act.* — Confr. nel *Giorn. ant.* di Tobinga IV, 1, p. 76-80. Schröter sulla *diss.* di Höltius *Essai sur le beneficium competentiae.*
(*g*) fr. 24 § 1, fr. 25 D. XLII, 1 *De re jud.*
(*h*) fr. 24 pr. D. eod.

non che mediante una eccezione (*i*).

Questo privilegio compete alle seguenti persone:

1. ai conjugi fra sè (*k*);

2. ai genitori ed ai figli, come pure al padrone (*l*);

3. ai fratelli e sorelle (*m*);

4. al suocero che mediante il matrimonio viene impetito dal genero (*n*);

5. ai socj che vengono impetiti coll'*actio pro socio* (§ 535 in fine);

6. al donante che viene impetito per la donazione (*o*);

7. ai soldati spettanti alla milizia armata (*p*);

8. ai figli di famiglia che vengono impetiti per un contratto conchiuso durante la patria potestà, o poco dopo sciolta la medesima, se furono emancipati o diseredati, o si astennero dalla paterna eredità (*q*);

9. a quelli che fecero la cessione dei loro beni ai creditori, se in seguito acquistarono ancora qualche cosa, e vengono di nuovo impetiti dai creditori che non vennero per intiero soddisfatti colla cessione dei beni (*r*).

Tuttavia non si possono riportare a questo privilegio quelli che vi rinunziarono (*s*), o la cui obbligazione deriva da colpa (*t*) o dolo (*u*).

Finalmente il pagamento dee farsi al debito luogo e tempo (§ 500 e 501).

(*i*) fr. 7 pr. D. XLIV, 1 *de except.* Chi ha diritto a tale eccezione può valersi con efficacia della medesima in forma di una *exceptio doli* anche dopo che fosse stato condannato al pagamento di tutto il debito, fr. 17 § 2 D. XXIV, 3 *Sol. matr.* — fr. 33 pr D. XXXIX, 5 *de donat.* — fr. 41 § 2 D. XLII, 1 *de re jud.*

(*k*) § 37 *Inst.* IV, 6 *de act.* — fr. 20 D. XLII, 1 *de re jud.* — Nella Dissertazione sopra citata questo beneficio non viene limitato a determinate persone, il che a vero dire non sembra esser consono alla legge.

(*l*) § 38 *Inst.* IV; 6, fr. 16, 17 D. XLII, 1. — fr. 7 § 1 D. XXXVII, 15 *de obsequ. parent. et patr. praest.*

(*m*) arg. fr. 63 pr. D. XVII, 2 *Pro socio*

(*n*) fr. 21, 22 pr. D. XLII, 1.

(*o*) fr. 19 § 1 D. eod.

(*p*) fr. 6 pr., fr. 18 D eod.

(*q*) fr. 49 D. eod. — fr. 2 pr., fr. 4 § 4 D. XIV, 5 *Quod cum eo, qui in alien. pot.* — fr. 3 § 4 D IV, 4 *de minor* — fr. 2 § 1 D. XIX, 5. « *Sed et si citra emancipatione sui juris factus sit, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit, item, si quis ex minima parte sit istitus aequissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest* » Confr. per altro § 483.

(*r*) § 4 *Inst.* IV, 6. fr. 4, 6, 7 D. XLII, 3 *de cess. bonor.*

(*s*) Una cessione è contenuta nel fram. 14 § 1 D. XXIV, 3 *Solut. matr.*

(*t*) fr. 52 D. XLII, 1 *de re jud.* — fr. 4 § 2 D. XIV, 5 *Quod cum eo, qui in aliena pot.* — fr. 21 § 6 D. XXV, 2 *de act. rer. amot.*

(*u*) fr. 22 § 1 D. XLII, 1 *de re jud.* — fr. 63 § 7 D. XVII, 2 *Pro socio.* — fr. 4 § 1, fr. 6 D. XIV, 5.

§ 648.
Prova del pagamento.

Chi sostiene di aver pagato deve provarlo. Chi vuol provare il pagamento, mediante una quittanza che non si possa ritenere per documento pubblico, non si può valere della medesima che dopo trenta giorni dacchè essa fu rilasciata, poichè prima di questo termine gli può essere opposta la eccezione di non numerato danaro (*a*).

Se qualcheduno vuol provare mediante testimonii il pagamento di un debito costituito in iscritto, egli deve produrre in testimonii cinque uomini probi in cui presenza sia il pagamento seguito (*b*).

Talvolta il pagamento viene dalla legge presunto:

1. se fu restituito il chirografo in cui qualcheduno si era costituito debitore (*c*);

2. se esso è cancellato (*d*);

3. se qualcheduno può produrre le quittanze di tre anni successivi circa

(*a*) c. 14 § 2 C. IV, 30 *de non num. pec.*

(*b*) c. 18 C. IV, 20 *de testibus.*

(*c*) c. 14, 15 C VIII, 42 *de solut.*

(*d*) fr 24 D. XXII, 3 *de probat.*

il pagamento delle imposte prediali, si presume che sieno state pagate anche quelle degli anni precedenti (*e*).

§ 649.
Effetti del pagamento.

Se il pagamento venne fatto debitamente, si estingue l'obbligazione con ogni suo accessorio, e resta non solo liberato il debitore, ma cessano ben anche i pegni e le fidejussioni (*a*). Se poi il pagamento non fu debitamente fatto, il debitore ne viene liberato solamente quando il creditore abbia approvato il pagamento (*b*), o sia stato impiegato in suo vantaggio tutto ciò che venne pagato (*c*).

§ 650.
Del pagamento di più debiti contemporanei.

Se il debitore fra più debiti n' estingue un solo, egli può dichiarare quale voglia esso estinguere; altrimenti compete al creditore di stabilire quale debiti voglia piuttosto pagato, purchè scelga quello che, se fosse egli stesso il debitore, gli riuscirebbe il più gravoso. Queste dichiarazioni per altro devono seguire all'atto del pagamento, affinchè al creditore sia libero di accettare o no sotto la condizione posta dal debitore, ed al debitore di non pagare in vista della dichiarazione emessa dal creditore (*a*).

Se nessuno di essi esternò la propria volontà, dispone la legge che coll' importo pagato s'intendano prima di tutto estinti gl' interessi già scaduti (*b*), poscia il debito più gravoso, ovvero più vecchio se sono di egual natura (*c*), e se sono eguali anche di età, ne resta estinta una proporzionata parte di ognuno (*d*).

Se un creditore aliena il suo pegno col prezzo ricavatone si può egli pagare anche per una obbligazione naturale (*e*).

Se fu dato un pegno per due debiti contemporanei, il creditore deve applicare con giusta proporzione ad ambedue il prezzo ricavatone. Ma se una cosa ch' era già oppignorata al creditore venne in seguito nuovamente impegnata al medesimo per un secondo debito in quanto che il suo valore eccede la somma del primo credito, in tal caso anche il prezzo ricavatone deve essere applicato per intiero all' estinzione del primo credito, e soltanto ciò che sopravanza può servire al pagamento del secondo (*f*).

Tutto ciò riguarda il pagamento in senso proprio. Al pagamento in senso improprio appartengono;

A. la donazione in pagamento;
B. il deposito giudiziale;
C. la compensazione; e
D. l'accettilazione.

§ 651.

***Del pagamento in senso improprio*:**

A. ***Dazione in pagamento*** (*a*).

Se un debitor chirografario (*b*) deve una somma di danaro (*c*), e non

(*e*) c. 3 C. X, 22 *de apoch. public.* — Gesterding nell' *Arch. della Prat. c.* IV, 3, p. 9-16

(*a*) pr. *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. toll. oblig.* — fr. 43 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*b*) fr. 58 D. eod.

(*c*) fr. 15 D. eod.

(*a*) fr. 1-3 D. XLVI, 3 *de solut.* Confr. Buchholtz nelle sue *diss. giur.* n. 28.

(*b*) fr. 5 § 3, fr. 6, fr. 18 D. eod. — c. 1 C. VIII, 43 *de solut.*

(*c*) fr. 3 pr., fr. 4, fr. 5 pr., fr. 97 D. eod.

(*d*) fr. 8 D. eod.

(*e*) fr. 101 § 1 D. eod.

(*f*) fr. 96 § 3 D. eod.

(*a*) Nov. 4, cap. 3 Auth. *Hoc nisi* ad c. 16 C. VIII, 43 *de solut.* Marezoll nel *Mag.* di Löhr IV n. 11 tratta questo argomento con maggior accuratezza degli altri Scrittori.

(*b*) Nov. cit. *ab init.* « *Si enim quis mutaverit aurum*, debitores substantiae credens. » Marezoll p. 231.

(*c*) Nov. cit. «*dantem quidem aurum*» Marezoll pag. 232.

può soddisfare il suo creditore, nè possiede alcuna sostanza mobile, nè trova un compratore de' suoi beni stabili, onde evitare la cessione dei beni (*d*), ha egli il diritto di trasferire in luogo di pagamento al suo creditore i proprii migliori beni (*e*) a norma della relativa stima giudiziale (*f*); cosicchè il creditore deve esborsargli il di più del suo credito, ed il debitore all'incontro resta ancora obbligato per tutto ciò che manca al pareggio del suo debito (*g*).

§ 652.
B. *Il deposito giudiziale.*

Se il creditore non vuole accettare il pagamento offerto, il debitore se ne può liberare mediante il deposito della cosa o danaro dovuto, nel luogo ordinato dal giudice competente (*a*).

La suggellazione è necessaria soltanto in quelle cose che possono essere suggellate, e che si sogliono ordinariamente suggellare, come il danaro (*b*).

Il deposito della cosa dovuta, se il creditore non l'accetta, produce l'effetto del pagamento; perciò ne vengono liberati non solo il debitore, ma

(*d*) Marezoll pag. 233.

(*e*) Se il debitore ha cose mobili, deve quindi cedere prima queste, Nov. cit. « *neque ulla mobilis sub. stantia* » e Juliani *Epit.* c. 3 n. 11,

(*f*) Un'eccezione si riscontra nella Nov. 120, c. 6 § 2 in fine.

(*g*) Nov. cit. « *secundum quantitatem debiti.* » Marezoll p. 243 e 244.

(*a*) c. 9 C. VIII, 43 *de solut.* — c. 6, 9, 19 C. 32 *de usur.*

(*b*) Zimmern nell'*Arch. della Prat. c.* III, 1, pag. 121 sostiene che il deposito giudiziale e la suggellazione sono necessarii soltanto nel caso che sieno dovute somme di denaro, e che trattandosi di qualunque altra obbligazione, il debitore resti disonorato coll'offrire al creditore il pagamento, sebbene esso si rifiuti di accettarlo. Ma vedi ciò che osserva in contrario Thibaut nell'*Arch. della Prat. c.* V, 3 p. 332 e vedi specialmente il fr. 1 § 36 D. XVI, 3 *depositi*, e Nov. 91 C. 2, « *et si mobilis sit (dos) signacula etiam imponat, et secundum leges recondat.* «

benanche i fidejussori, resta sciolto il nesso pignoratizio, ed interrotto il corso degl'interessi (*c*), ed il rischio della cosa depositata passa nel creditore, (*d*), quantunque egli non ne acquisti la proprietà prima della consegna della medesima. Perciò il debitore può ancora ripetere la cosa depositata, e se lo fa, ritorna ne' suoi primi obblighi (*e*), senza per altro che rivivano le obbligazioni accessorie, come quella del fidejussore (*f*) (confr. ancora § 473 nota *k*).

§ 653.
C. *La Compensazione.*

La compensazione (*compensatio, pensatio*) (*a*) è il pareggio di un debito con un credito (*b*). Se dipende da una convenzione reciproca, si chiama compensazione volontaria o convenzionale ed è da giudicarsi a norma della volontà dei contraenti; ma se dipende dalla legge anche senza la volontà del-

(*c*) c. 9 C. VIII 43 *de solut.* — c. 9, 19 C. IV, 32 *de usur.* — fr. 43 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*d*) c. 19 C. IV, 32. — c. 9 C. VIII, 43.

(*e*) c. 19 C. IV, 32. — c. 8 C. VIII, 28 *de distr. pign.*

(*f*) arg. fr. ult. D. II, 14 *de pact.*

(*a*) D. XVI, 2. — C. IV, 31. *de compens.* — P. H. Anckelmann *de compensationem et specialim de debito tertii compensando*, Gott. 1791. Hepp. *Giorn. crit.* IV, 2, pag. 240 intorno alla *Diss. inaugur de compens auct.* Ad. Aug. Allard., Tornaci 1825. — Da Cajo IV, § 65-68 abbiamo imparato a conoscere una nuova maniera di compensazione degli antichi Romani, che si chiamava *deductio*. Vedi Gaji I, c. § 66. « *Inter compensationem autem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae objicitur bonorum emtori* (§ 300), *illa differentia est, quod in compensatione hoc solum vocatur, quod ejusdem genera et naturae est; veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo, ut quibusdam placet, non omnimodo vinum cum vino aut. triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit: in deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis. Itaque si pecuniam petat bonorum emtor, et invicem frumentum aut vinum tibi debeat deducto eo, quanti id erit, in reliquum experitur.* « Confr. Bethmann-Holweg nel *Muss. ren.* I, 4, p. 280.

(*b*) fr. 1 D. hujus tit.

l'uno o dell'altro, allora si chiama necessaria ovvero legale (*c*), e affinchè questa abbia luogo si richiede quanto segue:

I. I crediti e debiti devono essere reciproci (*d*); cosicchè p. e. un debito verso il pupillo non può essere compensato con un credito verso il tutore (*e*).

Le apparenti eccezioni da questa regola dipendono dalla unità giuridica di più persone o di più obbligazioni. Per la prima ragione si compensano crediti e debiti del testatore coi crediti e debiti dell'erede (*f*); nello stesso modo il padre che viene impetito per un contratto fatto da un suo figlio di famiglia può compensare ciò che deve a lui il creditore del figlio, e viceversa il debitore del figlio può compensare ciò che gli deve il padre. Anche il figlio convenuto può compensare ciò che l'attore deve al padre, tuttavia soltanto verso cauzione che suo padre non pretenderà più ciò che viene compensato (*g*); finalmente il cessionario può compensare ciò ch'egli deve al cesso, e viceversa il cesso contro il cessionario (*h*).

Per la unità delle obbligazioni il fidejussore convenuto può portare in conto al creditore ciò che questi deve al debitore principale (*i*); e se due debitori correali sono socj, ad ognuno di essi giova ciò che il creditore deve all'uno o all'altro di essi (*k*).

(*c*) fr. 2 fr. 3 D. hujus tit.
(*d*) fr. 18 § 1, fr. 21 D. hujus tit. — c. 9 C. IV, 31 *de compens.* « *Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* »
(*e*) fr. 23 D. hujus tit
(*f*) c. 3 C. V, 58 *de contr. jud. tut.* Così p. e. vi ha compensazione se Cajo è debitore verso il testatore di 100 fiorini e l'erede debba pure 100 fiorini a Cajo.
(*g*) fr. 9 D. h. t
(*h*) fr. 18 pr. D. eod.
(*i*) fr. 4, 5 D. eod.
(*k*) fr. 10 D. XLV, 2 *de duob. reis.*

Non importa che le partite da compensarsi consistano in obbligazioni miste, puramente naturali (*l*), o puramente civili (*m*); purchè l'obbligazione naturale non sia totalmente riprovata, e la civile non sia inefficace (*n*).

Ma se parecchi Giureconsulti dicono che un credito illiquido non si possa compensare con un liquido, ciò si deve intendere soltanto di quelle obbligazioni reciproche che nascono da titoli diversi (*o*); poichè se nascono dallo stesso titolo, anche un credito illiquido si può compensare con uno liquido, perchè chi vuol compensare si può difendere coll'*exceptio retentionis* o *doli* finchè l'attore soddisfaccia alla sua obbligazione, o istituisca la prova, che la eccezione del convenuto non sia appoggiata ad alcun fondamento legale (*p*).

II. Le pretese reciproche devono consistere in cose fungibili della stessa specie e qualità (*q*); così p. e. può essere compensato vino con vino, danaro con danaro. Ma una cosa determinata non si può compensare con un'altra cosa determinata della medesima specie, p. e. vino dell'anno 1811 con vino dell'anno 1822; come neppure non sono suscettibili di compensazione fra loro una cosa determinata con una cosa indeterminata dello stes-

(*l*) fr. 6 D. h. t.
(*m*) c. 2 C. IV, 31 h. t.
(*n*) fr. 14 D. h. t.
(*o*) Ciocchè venne confermato da Giustiniano nella c. ult. C. h. t. In base a questa Costituzione è liquido quel credito la cui prova non è soggetta a difficoltà, e che può quindi somministrarsi facilmente. Intorno a questa Constituzione scrissero da ultimo molti autori. Confr. nell'*Archivio della Prat. civ.* II, 2 p. 210. Reh. III, 2, p. 193 e XI, 3, p. 379. Seuffert III, 2, 199. Gensler e specialmente VII, 2, p. 145. Hasse, e Betmann-Hollweg nel *Mus. ren.* I, 4, p. 257.
(*p*) Bethmann-Hollweg p. 258 e 259.
(*q*) fr. 2 § 1 D. XII, 1 *de reb. cred.* — c. 4, 8 C. h. t.

so genere col genere (*r*), o pretese di genere diverso (*s*).

Trattandosi poi di pretese in danaro, non importa se si debbano gl' interessi d'ambe le parti, ovvero da una parte sola (*t*).

Finalmente le pretese devono essere assolute d'ambe le parti. Una pretesa sotto condizione o vincolata ad un certo tempo non può venir compensata prima dell'evenienza della condizione o del termine, tranne se l' una o l'altro vi fosse stato apposto soltanto per equità in favore di quello stesso che vuol compensare (*u*). Se concorrono questi requisiti, ha luogo la compensazione senza differenza se le pretese reciproche nate siano dal medesimo, oppure da diversi titoli, se le azioni siano reali o personali (*v*), di stretto diritto o di buona fede (*x*). Se l' importo delle pretese reciproche è diverso, la compensazione ha luogo fino al loro pareggio (*y*).

Tuttavia, secondo il Diritto singolare, nel contratto di deposito non può aver luogo alcuna compensazione, benchè la cosa depositata sia da restituirsi soltanto in genere (*z*); non può compensare neppur quello che acquistò il possesso di una cosa in modo illegittimo (*aa*).

Trattandosi di pretese fiscali, non si compensano se non se contro pretese verso la stessa causa (*bb*), e in generale chi vuol compensare contro il fisco deve comprovare la liquidità della sua pretesa entro due mesi (*cc*).

La compensazione produce *ipso jure* l'effetto di un pagamento dal momento che le pretese reciproche si elidono d'ambe le parti (*dd*), così cessa il corso degli interessi, e ne vengono liberati i pegni e i fidejussori (*ee*). Ma chi si vuol servire della compensazione, la deve opporre all'attore in via di eccezione (*ff*).

Se qualcheduno per errore di fatto pagò quello che avrebbe potuto compensare, ne può ripetere l' importo colla *condictio indebiti* (*gg*); ma se egli non fece uso della compensazione avvertitamente, non può più intentare la *condictio indebiti*, ma bensì quell'azione che nasce dalla pretesa, la quale era suscettibile di compensazione (*hh*). Anzi neppure dalla circostanza che qualcheduno ommettendo sempre la eccezione della compensazione abbia pagato più volte il proprio creditore, si può conchiudere che abbia voluto rilasciare il credito, tranne se ciò successe fra congiunti (*ii*).

Se il giudice non ebbe alcun riguardo alla compensazione, il credito resta intatto; poichè non si può opporre l' eccezione di cosa giudicata (*exceptio rei judicatae*).

Ma se il giudice rigettò la compensazione pel motivo che il credito non

(*r*) fr. 18 pr. D. XIII, 7 *de pign. actione.*— fr. 13 § 2 D. XX, 1 *de pign. et hypoth.* — c. 6 C. III, 32 *de rei vind.*
(*s*) fr. 2 § 1 D. XII, 1 *de reb. cred.*
(*t*) fr. 11, 12, D. h. t. (XVI, 2).
(*u*) fr. 7 pr. fr. 16 § 1 D. eod.
(*v*) c. 14 C. h. t.
(*x*) § 30 *Inst.* IV, 6 *de act.*
(*y*) c 4 C. h. t.
(*z*) § 30 *Inst.* IV, 6. Risulta dalla indole stessa della compensazione, che se deve esser restituita una cosa speciale depositata, questa non può essere soggetto di compensazione, c. 14 § 1, C. h. t. — c. 11 C. IV, 34 *Depositi.*
(*aa*) c. 14 § 2 C. h. t.
(*bb*) c. 1 C. h. t.
(*cc*) fr. 46 § 4 D. XLIX, 14 *de jure fisci.*
(*dd*) c. 4 C. h. t. — fr. 21, D. h. t.
(*ee*) fr. 4, 11 e 12 D. h. t. — c. 4, 5, 12 C. h. t. — fr. 43 D. XLVI, 3 *de solut.*
(*ff*) § 30 *Inst.* IV, 6 *de act.* — fr. 2, 10, 13 e 22 D. h. t.
(*gg*) fr. 10 § 1 D. h. t.
(*hh*) fr. 5 § 2 D. XXV, 1 *de impens. in res. dot. factis.* — fr. 1 § 4 D. XXVII, 4 *de contr. tut. act.*
(*ii*) fr. 1 § 4 D. XXVII, 4 comb. col fram. 26 D. XXII, 3 — Günther § 1137.

esista, in tal caso è efficace l'eccezione della cosa giudicata (*kk*).

§ 654.
D. *L' accettilazione.*

L'*accettilazione* (*a*) è il rilascio di un debito contratto con stipulazione, mediante una stipulazione opposta (*b*). Essa non è che un pagamento in senso improprio, ed il suo nome deriva dalla risposta del creditore alla domanda del debitore, ch'era così concepita: ***quod ego tibi promisi habesne acceptum?*** e quegli rispondeva: ***habeo*** (*c*).

Non si potevano estinguere in questo modo che obbligazioni verbali; e volendosi estinguere mediante l'accettilazione un'altra obbligazione, dovea questa, mediante stipulazione, mutarsi prima in una obbligazione verbale, per la quale operazione il giureconsulto Gallo Aquilio inventò un'apposita formola (***stipulatio Aquiliana***) (*d*).

§ 655.
II. *Mutazione dello stato delle cose.*

Le obbligazioni parimenti si estinguono pel deperimento fortuito della cosa dovuta, mediante confusione, e per la concorrenza di due titoli lucrativi in una stessa persona ed in una stessa cosa. Del deperimento fortuito della cosa dovuta, abbiamo già trattato altrove (§ 463), e perciò qui non ci resta a parlare che degli ultimi due modi di estinzione.

(*kk*) fr. 7 § 1 D. XVI, 2 h. t. frammento 1 § 4 D. XXVII, 4.
(*a*) D. XLVI, 4 *de acceptil.*
(*b*) fr. 1 D. cit.
(*c*) Vedi Cajo III, § 169 e fr. 15 D. h. t.
(*d*) § 1, 2 *Inst.* III, 29 (30) *Quib. mod. toll. obl.* — Vedi Hugo *Mag. di Dir. c.* II, n 19 e Ch. G. Haubold *Fragmentum grecum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione Aquiliana ab Aug. Majo nuper in lucem protractum iterum ed. et brev. adnot. illustr.* Lipsia 1817.

§ 656.
La confusione.

La *confusione* (*a*) ha luogo se concorrono insieme in una persona il diritto del creditore e l'obbligazione del debitore, nel qual caso il debito necessariamente si estingue, mentre nessuno può essere debitore di sè medesimo. Se dunque il debitore diventa erede del creditore, o viceversa (*b*) (confr. tuttavia § 364, *g*), o se il credito passa al debitore mediante cessione, ha luogo una confusione.

Ma, I. soltanto quella confusione che succede fra il creditore e il debitore principale è atta ad estinguere la intiera obbligazione, poichè in questo caso si estinguono anche le obbligazioni accessorie (*c*). Ma se un creditor correale diventa erede di un debitore correale, o viceversa, in tal caso nulla si muta circa il diritto o l'obbligazione degli altri correi (*d*).

II. Se la confusione avvenne fra il creditore ed il fidejussore, non si estingue la obbligazione principale, ma soltanto l'obbligazione accessoria (*e*).

III. Se l'obbligazione principale e l'accessoria si uniscono insieme in una sola persona, allora si estingue l'accessoria (*f*), purchè essa non offra per avventura al creditore una sicurezza maggiore che l'obbligazione principale medesima, nel qual caso restano ambedue in vigore (*g*). Se si uniscono insieme alla stessa persona due diritti personali, restano intatti

(*a*) Weidner *de confus. jur. et oblig.* Lips. 1791.
(*b*) fr. 75 D. XLVI, 3 *de solut.* — c. 7 C. II, 3 *de pactis.* — c. 5 C. IV, 16 *de hered. act.*
(*c*) fr. 71 pr. D. XLVI, 1 *de fidejuss* — fr. 75, 95 § 2, fr. 107 D. XLVI, 3 *de solut.*
(*d*) arg. fr. ult. D. XLV, 2 *de duobus reis.*
(*e*) fr. 71 pr. D. XLVI, 1 — fr. 43 D. XLVI, 3.
(*f*) fr. 5, 14 D. XLVI, 1 — fr. 13 D. XLV, 2. *de duob. reis.* - frammento 93 § 2, 3 D. XLVI, 3. La particella ***non*** che si legge nel § 2 vi è stata posta per errore.
(*g*) fr. 95 § 3 D. XLVI, 3.

ambedue (*h*); e così pure non ha luogo la confusione se più debitori correali (*i*) o più fidejussori diventano eredi l'uno dall'altro (*k*).

§ 657.

Il concorso di due titoli lucrativi.

Chi per un titolo lucrativo deve prestare ad un terzo una cosa, viene liberato da questa obbligazione nel momento che quello acquista irrevocabilmente (*a*) la cosa medesima per un altro titolo del pari lucrativo (*b*), secondo la massima: ***duae causae lucrativae in eundem hominem et in eundem rem concurrere non possunt*** (*c*) (confr. § 420, I).

§ 658.

III. *La remissione del debito.*

La remissione del debito si fa o mediante accettilazione (§ 654), o mediante un contratto di rilascio, o mediante il mutuo dissenso (***mutuus dissensus***). Se qualcheduno rimette, senza stipulazione, il proprio diritto dipendente da qual si sia affare unilaterale, o rimette, mediante stipulazione, un diritto non dipendente da stipulazione, questo allora si chiama un patto remissorio (***pactum de non petendo***) (*a*).

Ma se i contraenti avevano acquistati dei diritti soltanto mediante il consenso reciproco, ed ora se li rilasciano senza stipulazione, ciò dicesi avvenire mediante il mutuo dissenso (***mutuus dissensus***) (§ 660).

(*h*) fr. 93 pr. D. XLVI, 3 — fr. 5 D. XLVI, 1 *de fidejuss.*

(*i*) fr. 93 § 1, 2 D. XLVI, 3. Nel § 1 convien leggere « *non confunditur obligatio* » fram. 13 D. XLV, 2 *de duobus reis.* — fr. 5 D. XLVI, 1.

(*k*) fr. 21 § 1 D. XLVI, 1.

(*a*) fr. 82 pr. D. *de legat.* I - fr. 83 § 6 D. XLV. 1 *de verb. obl.*

(*b*) fr. 87 pr. D. *de legat.* II. — fr. 17 D. XLIV, 7 *de oblig. et act.* — fr. 91 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*c*) § 6 *Inst.* II, 20 *de legat.*

(*a*) fr. 19 pr. D. XLVI, 4 *de acceptil.*

§ 659.

1. *Il patto remissorio.*

Il patto remissorio (***pactum de non petendo, pactum liberatorium*** o ***remissorium***) è quel patto con cui il creditore dichiara di non voler far valere il suo diritto. Come negli altri affari, così anche in questo può il consenso venir dichiarato tanto espressamente che tacitamente, e ciò ha luogo, p. e. mediante restituzione del chirografo (*a*).

In regola (*b*), un tal patto non estingue già il credito, ma il debitore può opporre al creditore l'***exceptio pacti conventi vel doli*** (*c*).

§ 660.

2. *Il mutuo dissenso.*

Per mutuo dissenso intendesi un patto con cui un affare, ch'era stato conchiuso col solo consenso reciproco, viene di nuovo tolto mediante l'opposta volontà dichiarata, finchè non fu prestato nulla da nessuno dei contraenti (*a*); poichè è conforme alla natura della cosa che un affare venga annullato nello stesso modo che venne conchiuso (*b*). Ma se da ambe le parti, o almeno da una di esse, è già seguita una prestazione, allora non basta ad annullare la obbligazione il mutuo dissenso, ma i contraenti devono a tal fine conchiudere un nuovo contratto opposto al primo (*c*).

(*a*) fr. 2 § 1 D. II, 14 *de pactis.* fram. 3 § 1 D. XXXIV, 3 *de liberat. legat.*

(*b*) fr. 17 § 1 D. II, 14 — fr. 95 § 4 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*c*) § 3 *Inst.* IV, 13 *de except.* — fr. 7 § 4, fr. 27 § 2 D. II, 14.

(*a*) § 4 *Inst.* III, 29 (30) *Quib mod. toll. oblig.* — fr. 3 D. XVIII, 5 *de rescind. vend.* — fr. 95 § 12 D. XLVI, 3 *de solut.*

(*b*) fr. 35 D. L, 17 *de reg. jur.*

(*c*) fr. 57 (58) D. II, 14 — fr. 80 D. XLVI, 3 — 1, 2 C. IV, 45 *Quando liceat ab emt. disced.* Höpfner *Comm.* § 1000

§ 661.

IV. *Della restituzione in intiero. Sua nozione e divisione.*

La restituzione in intiero (*restitutio in integrum*) (*a*) è quell'atto con cui per motivi di equità in forza di una causa legittima si scioglie un contratto bensì valido secondo lo stretto Diritto, ma dannoso ad un terzo, ovvero viene in qualche altro modo risarcito il danno alla parte lesa (*b*).

La restituzione in intiero si fonda parte nel Diritto civile, e parte nel Diritto onorario. Secondo quello, appartengono quivi i seguenti casi:

1. lo scioglimento del contratto di compra-vendita per lesione oltre la metà (§ 523);
2. la ripristinazione dell'azione contro il primo debitore, che fu liberato mediante la intercessione privativa di una donna (§ 620);
3. la restituzione di un erede suo che si astenne dalla paterna eredità (*c*).

Secondo il Diritto onorario vi appartengono l'*actio redhibitoria* (§ 493), e le restituzioni pretorie, di cui tratteremo in tutta la loro estenzione.

(*a*) D. IV, 1-7 — C. II, 20-53. C. G. Biener *Histor. jur. civ. de restit. in integr.* Lips. 1779 - Burchardi *Dottrina della restituzione in intiero*, Gott. 1831 — Zimmern *Storia del Dir. rom. priv.* 3 T. § 101-107 — Schröter *dell'indole e dell'estensione della restituzione in intiero, nel Giorn. di Dir. e Proc. civ.* VI, 1 p. 393-395; quest'ultimo autore biasima, a ragione, il concetto troppo esteso, che Burchardi diede della restituzione in intiero.

(*b*) fram. 7 D. IV, 1 — c. 2 C. II, 41 *In quibus causis in integr. rest. necess. non est.* — Pauli *Recept. sent.* I, 7 § 1 4 comb. con t. D. IV, 7 *de alienat. jud. mut causa.* Glück V, p. 393-395.

(*c*) c. 6 C. VI, 31 *de repud. hered.* Schröter p. 152-757 non risguarda come restituzioni in intiero i casi riportati ai numeri 1 e 3, e ritiene alla pag. 143 che quello sotto il 2 sia una restituzione in intiero pretoria. Fanno parte del processo giudiziario la restituzione contro una sentenza pronunziata in base a false prove, fr. 33 D. XLII, 1 *de re jud.* — C. VII, 58 *Si ex fals. instr.* e quello contro un giuramento falso *ob noviter reperta*, fr. 31 D. XII, 2 *de jurejur.*

§ 662.

Principj generali intorno le restituzioni pretorie.

Per ottenere la restituzione in intiero si richiede:

I. Una lesione derivata da quell'affare medesimo contro il quale si domanda le restituzione (*a*), la qual lesione deve essere di qualche momento (*b*), ed avvenuta senza colpa di chi domanda la restituzione (*c*) eccetuati soltanto i minorenni, mentre questi vengono sempre restituiti in intiero per qualunque siasi lesione, se anche avvenne per loro colpa (*d*) La lesione deve, in caso di negativa, essere provata dal danneggiato (*e*).

II. La restituzione non ha luogo se il contratto è nullo (*f*), tranne se essa fosse più vantaggiosa dell'azione ordinaria (*g*), ovvero se si tratta di minorenni, ai quali è sempre concessa, quantunque possan conseguire lo stesso fine anche mediante un'altra azione (*h*).

Soltanto l'*actio de dolo* è un'azione propriamente sussidiaria pel caso che non vi sia veramente alcun altro mezzo legale (§ 666).

III. Siccome la restituzione in intiero è un benefizio legale, così nessuno è forzato di farne uso (*i*), ma la si deve

(*a*) fr. 11 § 4, 5 D. IV, 4 *de minor.*

(*b*) fr. 4 D. IV, 1 *de in integr. rest.* — fr. 9 § 5 fr. 10, 11, pr. D. IV, 3 *de dolo malo* — fr. 9 pr. fr. 49 D. IV, 4 *de minor.* Confr. per altro il § 666 in fine.

(*c*) fr. 7 D. IV, 1. — fr. 16 D. IV, 6 *Ex quib. causis major. 25 annis in int. rest.*

(*d*) fr. 44 D. IV, 4.

(*e*) fr. 7 § 3 D. eod. — c. 5 pr. C. II, 22 *De in int. rest. minor.*

(*f*) fr. 16 pr. § 3 D. IV, 4. — c. 3 C. II. 22.

(*g*) fr. 14 § 2 D. IV, 2 *Quod metus causa.* — c. 4 C. II, 29 *De his, quae vi metusve causa.*

(*h*) fr. 16 § 2 D. IV, 4 — c 3 C. II, 25 *Si tutor vel cur. interv.*

(*i*) fr. 13 pr. D. IV, 4.

domandare innanzi al giudice competente mediante un'azione od una eccezione (*k*), da istituirsi.

IV. Entro il tempo legale, il quale, in regola (§§ 665, 666 e 668, dura quattro anni (*tempus utile ratione initii* e *continuum ratione cursus* § 99), decorribili pei minorenni dal momento che sortono dall'età minore e pei maggiorenni dal momento che sono in istato di promuover l'azione (*l*). La restituzione che si domanda mediante un'eccezione, non è soggetta alla prescrizione (§ 117).

V. Pendente la lite deve restar tutto nello stato attuale (*m*). Se si ottenne la restituzione, e se l'affare per cui se la chiese non è per anco eseguito, se ne può ricusare l'esecuzione; ma se era già eseguito, la restituzione dee succedere in modo che ognuno aquisti il suo diritto di prima, e perciò devono ambedue restituire ciò che acquistarono, unitamente alle accessioni, frutti ed interessi, o compensare quest'ultimi coi frutti percetti (*n*). Ma se la restituzione in intiero venne rifiutata, non la si può di nuovo pretendere, tranne se qualcheduno fosse in istato di produrre nuovi mezzi di prova (*o*).

VI. Il benefizio della restituzione in intiero non è puramente personale, ma compete eziandio all'erede della persona lesa (*p*), ai cessionarj (*q*), ed ai suoi fidejussori (*r*), tranne se uno dei contraenti, sapendo che l'altro gode di questo benefizio, non volesse con lui obbligarsi se un terzo non se ne costituisce fidejussore, nel qual caso ripugnerebbe all'equità di accordare al fidejussore un tal benefizio (*s*); il quale d'altronde compete perfino ad un terzo che abbia un interesse comune inseparabile colla persona che domanda la restituzione (*t*).

VII. La restituzione ha luogo contro chi fu causa del danno, e perciò anche contro il fisco (*u*) ma in virtù della riverenza dovuta ai genitori ed ai patroni, non viene ai minorenni accordata la restituzione per causa di minorennità in quegli affari ch'essi conchiusero coi genitori o coi patroni (*v*), e contro terzi possessori viene accordata soltanto nel caso che l'azione rescissoria sia un'*actio in rem scripta* (§665), o se, mediante la restituzione, si voglia ottenere un diritto reale (*x*) (§ 664, *h*, *i*).

VIII. La restituzione si può ottenere per ogni affare (*y*), ad eccezione

(*k*) fr. 9 § 4, D. IV, 2 *Quod metus causa*. Glück V, § 435.

(*l*) c. 7 C. II, 53 *de temp. in integr. rest.*

(*m*) c. un. C. II, 20 *In integr. restit. postulata, ne quid novi fiat.*

(*n*) fr. 24 § 4, fr. 27 § 2, fr. 40 § 1, D. IV, 4, *de minor.* — fr. 23 § 2, fr. 28 § 6 D. IV, 6 *Ex quib. caus. maj.* — c. un. pr. C. II, 48 *de reput., quae fiunt in jud. in integr. rest.* È controverso tra i Giureconsulti, se fosse necessario presso i Romani un doppio giudizio, cioè uno detto *judicium rescindens*, per cui veniva tolto l'affare, e un altro *judicium rescissorium*, col quale l'affare veniva rimesso nel pristino stato Confr. tra i moderni Zimmern *de judicio, quod vocant, rescindente et rescissorio disputatio*, Jenae 1826, e il giudizio analitico di Huschke su questa dissertazione contenuto nel *Giorn. crit.* di Tobinga II, 2, p. 163-169.

(*o*) C. II, 44 *Si saepius in integr. rest. postulatur.*

(*p*) fr. 6 D. IV, 1 — fr. 18 § 5 fr. 19 D. IV, 4.

(*q*) fr. 24 pr. D. IV, 4.

(*r*) fr. 51 pr. D. III, 3 *de procur.* — fr. 7 § 1 D. XLIV, 1 — Weber *della oblig. nat.* § 113.

(*s*) fr. 95 § 3 D. XLVI, 3 *de solut.* — fr. 13 pr. D. IV, 4 — c. 1, 2 C. II, 24 *de fidejuss. minor.*

(*t*) fr. 10 pr. D. VIII, 6 *Quemad. serv. amitt.* - fr. 29 § 1, fr. 47 § 1 D. IV, 4 - C. II, 32 *Si advers. transact.*

(*u*) c. 1, 2 C. II, 37 *Si advers. fisc.*

(*v*) c. 2 C. II, 42 *Qui et advers. quod in integr. rest. non poss.* - In questo modo devesi limitare ciò che in genere si dice intorno all'inammissibilità della restituzione in intiero contro i genitori. Confr. Francke *Illustr. di alcune materie legali*, Gott. 1828, p. 67 Vedi § 666.

(*x*) § 5 *Inst.* IV, 6 *de act.*

(*y*) fr. 1 D. IV, 6 — fr. 3 § 6, fr. 7 § 6, fr. 35 D, IV, 4 — fr. 41 D. IV, 8 *de recept.* — fr. 7 § 1 D. XX, 5 *de distr. pign.* — c. 11 C. II, 29 *Si advers. vendit. pign.*

dei casi di pubbliche vendite per pretese fiscali (*z*), e della prescrizione straordinaria di 30 o 40 anni (*aa*).

IX. Finalmente, la restituzione in intiero non si concede che per una causa legittima, per cui, nello stesso tempo, consti che chi domanda la restituzione non sia in colpa, o che la colpa non gli possa essere imputata (*bb*).

§ 663.
Cause della restituzione pretoria.

La restituzione pretoria viene accordata o per una causa espressa nell'Editto, o per la clausola generale del Pretore « *si qua alia justa causa videbitur, in integrum restituam* ».

Le cause nominate nell'Editto sono: l'età minore, il timore e la violenza, il dolo, l'errore, la *capitis diminutio*, l'alienazione di una cosa per rendere più difficile all'avversario il processo, e l'assenza (*a*).

§ 664.
Per età minore.

Siccome nelle persone di età minore la volontà è fragile ed incostante e soggetta ad illusioni e seduzioni, così il Pretore promise loro il suo ajuto (*a*), mediante il quale esse possono ottenere la restituzione contro ogni contratto che, durante la minorità (*b*), fu loro il danno (*c*), quantunque sia stato conchiuso mediante la piena autorità del tutore, il consenso del curatore (*d*) o l'approvazione del magistrato (*e*).

La restituzione ha luogo contro tutti quelli che fecero dei contratti col minorenne, come pure contro i loro eredi (*f*), ed anche contro quelli che, in confronto di altre persone diverse delle minorenni, si potrebbero difendere colla eccezione del Senatoconsulto Macedoniano e Vellejano, mentre questi beneficj legali non hanno tanta forza quanta la restituzione in intiero accordata ai minorenni (*g*); anzi essa ha luogo perfino contro un altro minorenne in quanto esso per la lesione sia divenuto più ricco (§ 106, *h*.)

Contro un terzo possessore ottiene il minore la restituzione soltanto nel caso che esso abbia acquistata la cosa con mala fede, ovvero bensì in buona fede, ma non sia capace di risarcire intieramente il minorenne (*h*), ovvero, in generale, se a questo importa più di ottenere la cosa in natura, che l'indennizzo (*i*).

Ma nei seguenti casi non ottengono i minorenni alcuna restituzione;

1. se essi, per ingannare un altro, si spacciarono per maggiorenni (*k*);

2. se essi durante la pubertà (*l*), confermarono il contratto con un giuramento (*m*).

3. se essi impetrarono la condona-

(*z*) c. 5 C. X, 3 *de fide et jure hastae fiscal.*

(*aa*) Intorno ai maggiori di età c. 3 C. VII, 39 *de praescript. 30 vel 40 annor.*; rispetto poi ai minorenni c. 3, 4 C. eod. comb. colla c. 5 C. II, 41 *In quib. caus. in integr. rest. necessaria non est.* Thibauth *del possesso e della prescrizione* § 64-73.

(*bb*) fr. 1-3 D. IV, 1 *de in integr. rest.*

(*a*) fr. 1, 2 D. IV, 1 eod. — fr. 1 D. IV, 6 *Ex quib. caus. maj.* — fram. 1 D. IV, 7 *de alien. jud. mut. causa facta.*

(*a*) fr. 1 pr. D. IV, 4 *de minor.*

(*b*) Qui ha luogo la computazione naturale (§ 100.

(*c*) fr. 1 § 1, fr. 7 § 4, fr. 18 § 1 fr. 20, 21, 24 § 2, fr. 25, 31, 35 e 36 D. IV, 4 h. t. — fr. 9 § 4 D, XII, 2 *de jurejur.*

(*d*) c. 2, 3 C. II, 25 *Si tut. interv.* — c. 4 C. II, 27 *Si advers. rem. jud.*

(*e*) § 11 C. V, 71 *de praed. et aliis reb. minor.*

(*f*) c. 6, 7 C. II, 22 *de in integr. rest. minor.*

(*g*) fr. 11 § 7, fr. 12 D. IV, 4.

(*h*) fr. 13 § 1, fr. 14 D. eod.

(*i*) fr. 9 pr.. fr. 35 D. eod.

(*k*) c. 1-3 C. II, 43 *Si minor. se maj. dix.*

(*l*) fr. 26 pr. D. XII, 2 *de jurejur.*

(*m*) c. 1 C. II, 28 *Si advers. vend.*

zione dell'età (*venia aetatis*) (*n*) (confronta però il § 61, *m*);

4. se pervenuti alla maggior età ratificarono il contratto (*o*).

5. se i loro debitori eseguirono il pagamento ai loro tutori o curatori in forza di giudiziale decreto (*p*);

6. se essi rinunziarono alla querela di inoficioso testamento (*q*);

7. dopo il corso di 4 anni dacchè essi pervennero alla maggior età (§ 662 IV); è però da notarsi che ad un *erede suo* il quale, durante la minorità, si astenne dalla eredità paterna, dopo trascorsi 4 anni vengono di nuovo accordati 3 anni, entro i quali esso può rivocare la sua rinunzia (confr. § 166) (*r*);

8. se un minorenne, dopo compito l'anno 18, come erede testamentario od intestato di un prigioniero, per liberare il medesimo, abbia preso un mutuo, ed oppignorata perciò la sua facoltà (*s*).

La restituzione accordata ai minorenni venne, mediante constituzioni imperiali, estesa anche allo Stato (*t*).

§ 665.

2. *Per timore o violenza*

Chi da timore o da ingiusta violenza venne sforzato a fare un contratto (§ 486 III), se vi sono i requisiti generali della restituzione, si può difendere contro l'attore sia che il timore fosse incusso dall'attor stesso, sia che lo fosse da un terzo qualunque mediante l'*exceptio quod metus causa;* e siccome questa può colpire anche un terzo, così essa è un *exceptio in rem scripta* (*a*).

A chi venne forzato, competono inoltre a di lui scelta ancora due mezzi pretorj, cioè l'*actio rescissoria*, e l'*actio quod metus causa*. La prima è quell'azion reale o personale che compete all'offeso prima della praticatagli violenza, e che il Pretore gli accorda come un'azion utile, p. e. l'azione ereditaria se qualcheduno rinunziò alla eredità per timore o violenza (*b*).

L'*actio quod metus causa* tende, secondo la diversità delle circostanze alla restituzione della cosa tolta con violenza, o del credito rinunziato per forza ovvero alla liberazione da una promessa estorta per forza (*c*); ed essa compete non solo al danneggiato e suoi eredi, ma eziandio a tutti quelli che vi hanno interesse (*d*).

Siccome essa colpisce ogni possessore, così è un *actio in rem scripta* (*e*).

Se viene intentata entro 4 anni, il convenuto, se non obbedisce alla giudiziale sentenza, può venir condannato a prestare il quadruplo (*f*). Gli eredi

(*n*) c. 1 C. II, 45 *de his. qui ven. ad impetr.*

(*o*) fr. 3 § 2 D. IV, 4 *de minor.* — C. II, 46 *Si major fact rat. hab.*

(*p*) c. 25 C. V, 37 *de admin tut.*

(*q*) c. 1 C. II, 22 *de in integr. rest. minor.*

(*r*) c. 6 C. IV, 31.

(*s*) Nov. 115 c. 3 § 13 Buchholtz nei suoi *Saggi* I. n. 20.

(*t*) c. 1 C. I, 50 *De off. ejus, qui vic. alic. obt.* — c. 4 C. II, 54 *Quis. ex caus. maj.* — c. 3 C. XI, 29 *De jure reipubl.*

(*a*) § 1 *Inst.* IV, 13 *De except.* — fr. 9 § 3 D IV, 2 *Quod metus causa.* — fr. 4 § 33 D. XLIV, 4 *De doli mali et met. except.* c. 5 C. VIII, 36 *De except.* Schröter p. 116-131 vuole che le restituzioni in intiero per timore o violenza o dolo non siano pretorie, e questo è certo, che le medesime non furono introdotte immediatamente con un editto pretorio; ma questo è certo, è fuor di dubbio altresì che gli editti dei Pretori contro il timore, la violenza ed il dolo, più tardi, servirono di base mediata alla restituzione in intiero, e che Paolo annovera fra la restituzione anche l'azione d'indennità, Pauli *Recept. sens.* I, 7 § 4. *Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa, de qua agitur. revocetur. In personam aut* quadrupli poena inter annum, aut simpli post annum peti potest.

(*b*) fr. 9 § 4, 6, fr. 21 § 6 D. IV, 2.

(*c*) fr. 9 § 7 fr. 10 D. eod.

(*d*) fr. 14 § 2, 6 e 8, fr. 16 § 2 D. eod.

(*e*) fr. 9 § 8, fr. 14 § 3, 5 D. eod.

(*f*) fr. 14 § 1, 3, 4 D. eod. — c. 4 C. II, 20 *De his, quae vi.*

di quello che cagionò il danno sono responsabili, in quanto se ne trovino arricchiti al momento della contestazione della lite (*g*).

L'*actio quod metus causa* è un'azione perpetua (*h*), ma, in regola, ha luogo soltanto in mancanza di ogni altro mezzo legale (*i*); in quanto poi si tratta della pena del quadruplo, venir deve accampata entro 4 anni, ed ha luogo anche nel caso che il contratto sia nullo (*k*).

§ 666.

3. *Per dolo.*

Chi sofferse danno per motivo di dolo, come pure quello a cui importa che il danno non fosse stato sofferto, come p. e. il fidejussore (*a*) può opporre al cedente, o a quello che deriva da esso il proprio diritto per titolo lucrativo, od anche per titolo oneroso, se egli stesso agì con mala fede (*b*), l'*exceptio doli specialis* (*c*).

Ma contro i genitori, i patroni, ha luogo soltanto una *exceptio in factum* (*d*).

Inoltre anche al danneggiato compete un'*actio doli*, ovvero *in factum:* e in vero la prima contro il ledente per restituzione della cosa o prestazione dell'interesse da stabilirsi mediante giuramento *estimatorio* (*e*), e contro gli eredi in quanto che ne divennero più ricchi o che agirono maliziosamente, in maniera da non apparir tali (*f*).

Tuttavia il danneggiato non può far uso di quest'azione, s'egli, per qualche altro motivo, p. e. di minorennità, può ottenere la restituzione in intiero (*g*), o risarcirsi della sua perdita mediante l'azione ordinaria (*h*) (§ 486 II).

Siccome l'*actio doli* è un'azione infamante (*i*), così non ha luogo contro di quelli a cui l'attore deve speciale riverenza (*k*), o se il danno non eccede due aurei (*l*); nei quali casi gli bisogna servirsi dell'*actio in factum* che dura 30 anni, e tende allo scopo che il convenuto non goda il frutto del suo dolo (*m*), mentre all'incontro l'*actio doli* si estingue entro due anni continui dal momento che fu commesso il dolo (*n*).

§ 667.

4. *Per errore.*

Anche l'errore si annovera fra i motivi della restituzione pretoria (*a*); ma in qual estenzione debba aver luogo questa restituzione non si trova nei nostri fonti con precisione indicato, sebbene sia verisimile ch'essa fosse in uso nel solo processo giudiziario, o almeno specialmente in esso (*b*) (§ 485 I).

(*g*) fr. 16 § 2, fr. 17-20 D. eod. — c. un. C. IV, 17 *Ex delict. defunct. in quantum hered. conveniant.*
(*h*) fr. 21 § 1 D. IV, 2 hujus tit. — Voet hujus tit. § 18.
(*i*) c. 4 in fin. C. II, 20.
(*k*) fr. 14 § 1 D. eod. — c. 4 C. II, 20 Confr. colla c. 7 C. II, 63 *De temp. in integr. rest.*
(*a*) fr. 7 § 1 D. XLIV, 1 *De except.* — fr. 2 § 2 D. XLIV, 4 *De doli mali et met. except.*
(*b*) Confr. § 643 nota i.
(*c*) Dalla *exceptio doli specialis*, la quale è fondata nel dolo, differisce la *exceptio doli generalis*, per cui s' intende qualunque eccezione che per motivi di equità venga accordata contro pretese ingiuste di terzi, fr. 2 § 5, fr. 12 D. eod. Confr. nell'*Arch. della Prat. civ.* XII, 3 p. 408. Hönel *Dell' indole, della azione e della eccezione di dolo.*
(*d*) fr. 4 § 16 D. eod.
(*e*) fr. 18 pr. § 1 D. IV, 3 *De dolo malo.* — fr. 2, fr. 5 § 3 D. XII, 3 *De in litem juiundo.*

(*f*) fr. 17 § 1, fr. 26-28 D, IV, 3 *De dolo malo.*
(*g*) fr. 38 D. IV, 3.
(*h*) fr. 5 e 6 D. eod.
(*i*) fr. 1 § 4 D. eod.
(*k*) fr. 11 § 1 D. eod.
(*l*) fr. 9 § 5, fr. 10, fr. 11 pr. D. eod.
(*m*) fr. 11 § 1, fr. 12, fr. 28 D. eod.
(*n*) c. 8 C. II, 21 *De dolo malo.*
(*a*) fr. 2 D. IV, 1 *De in integr. rest.*
(*b*) Francke *Illustr. di alcune materie di Dir.*, Gott. 1828, p. 84-94. Nel § 179 nota *h* abbiamo fatto cenno di una restituzione in intiero per errore. Francke annovera anche questo caso come appartenente al processo (§ 89). Rispetto a tutti gli altri casi di restituzione in intiero per errore, che si trovano nelle leggi, è però certo che sono esercitabili in processo § 33 *Inst.* IV, 6 *De act.* — fr. 2, fr. 11 pr. D. XLIV, 2 *De exc. rei jud.* —

§ 668.

5. *Per la* capitis diminutio.

Se qualcheduno, mediante adozione o emancipazione, sofferse la *capitis diminutio minima* (*a*), si estinguono le di lui obbligazioni civili (*b*), ad eccezione di quelle che nascono da un delitto (*c*), perchè nessuno può venire sciolto dalla patria potestà, se non se fingendo che venga tratto nella schiavitù (*d*) (§ 154 *g*), dove non poteva aver luogo alcuna civile obbligazione. Il Pretore dunque trovò giusto di concedere, in tal caso, ai creditori la restituzione, cioè di accordar loro entro 30 anni l'azione perduta (*e*), in maniera come se i debitori sofferto non avessero alcuna diminuzione di capo (*f*).

Ma siccome quella finta schiavitù venne in seguito abolita (*g*), così sostengono molti Giureconsulti (*h*) che questa specie di restituzione non abbia più luogo secondo il Diritto novissimo.

§ 669.

6. *Per una alienazione onde rendere più difficile all'avversario il conseguimento del proprio diritto.*

Se qualcheduno, mediante convenzione fra vivi (*a*), trasferisce ad un terzo la proprietà od il possesso (*b*) di una cosa, circa la quale esso teme una lite, e ciò prima della contestazione della lite (*c*), e colla intenzione di rendere impossibile o almeno più difficile all'avversario il conseguimento del suo diritto (*d*) (*alienatio judicii mutandi causa facta*), questi in tal caso, se ne sofferse veramente un danno (*e*), può ripetere dallo alienante, mediante un *actio in factum*, la prestazione dell'*id quod interest*, cioè quell' importo maggiore che gli costò il processo per la mutazione dell' avversario (*f*). E se qualcheduno trasferì in un altro la propria azione reale colla intenzione che il suo debitore abbia a che fare con un più potente o in generale con un tale avversario contro cui gli sarebbe più difficile il difendersi, allora il debitore può opporre a questo nuovo attore l'*exceptio alienationis judicii mutandi causa factae*, e pretendere che insorga contro di lui il primo attore (*g*).

Ma l'alienante non perde il suo diritto o la sua azione, tranne se qualcheduno, colla intenzione di nuocere al comproprietario, avesse trasferita ad un terzo la sua porzione, nel qual caso, secondo la legge Licinia, non si fa luogo all'azion di divisione (*actio communi dividundo*) nè in favor del venditore nè del compratore (*h*).

Quantunque secondo il Diritto nuovo, quegli che cessò dolosamente di possedere possa venir impetito coll'azione rivendicatoria come possessore finto (§ 221); compete tuttavia al danneggiato la scelta di servirsi dell'azione predetta, ovvero dell'*actio in factum* (*i*), ed il rimedio pretorio è gio-

fr. 1 § 17 D. XLII, 6 *De separ.*—fr. 13 p. D. XIV, 3 *De inst. act.* fr. 11 § 8-10 D. XI, 1 *De interrog. in jure fac.*

(*a*) fr. 3 pr. § 1 D. IV, 5 *De capite minutis.*

(*b*) fr. 8, 10 D. eod.

(*c*) fr. 2 § 3, fr. 7 § 1 D. eod.

(*d*) fr. 3 § 1 D. eod.

(*e*) fr. 2 § 5 D. eod.

(*f*) fr. 2 § 1 D. eod.

(*g*) c. 11 C. VIII, 48 *De adopt.* — c. 6 C. VIII, 49 *De emanc. lib.*

(*h*) S. c. Bucher *Dir. delle obbl.* § 192, nelle note.

(*a*) fr. 8 § 1 D. IV, 7 *De alien. jud. mut. causa facta.*

(*b*) fr. 4 § 2, fr. 8 § 2 D. eod.

(*c*) fr. 8 § 3 D. eod.

(*d*) fr. 4 § 1, 3 D. eod.

(*e*) fr. 1 § 1, fr. 2, fr. 3 pr. § 1-3 § 5, fr. 4 § 5, fr. 8 pr. D. eod.

(*f*) fr. 1 pr., fr. 3 § 4 D. eod.

(*g*) fr. 11 D. eod.

(*h*) fr. 12 D. eod. Confr. anche il § 641 nella prima sua nota.

(*i*) c. un. c. II, 55 *De alien. jud. mut.*

vevole tanto perchè l'azion vendicatoria non si può sempre intentare (*k*), quanto relativamente alla prova, mentre nell'azion rivendicatoria bisogna provare la proprietà dell'attore, e nell'azione pretoria soltanto l'alienazione dolosamente fatta.

§ 670.

7.° *Per assenza.*

La restituzione in intiero, a motivo di assenza (§ 101), ha luogo tanto per assenza propria, quanto per assenza dell'avversario, cioè se qualcheduno per assenza innocente non poteva far valere o difendere i proprj diritti, e perciò sofferse del danno, ovvero se qualcheduno per essere assente non adì a tempo debito un'eredità, o non conseguì un legato dipendente da una condizione (*a*).

I.° Per assenza propria *a*) *necessaria* la quale se non plausibile fosse stata almeno indifferente, si accordava sempre la restituzione (*b*); per un'assenza biasimevole si concedeva soltanto nel caso che non si fosse potuto imputare all'assente la colpa di non aver lasciato un procuratore (*c*). *b*) Per un'assenza volontaria non biasimevole non ha mai luogo la restituzione (*d*); per un'assenza volontaria plausibile o indifferente, soltanto nel caso che non se lo possa incolpare di non aver destinato un procuratore ovvero s'egli non può ottenere da questo alcun indennizzo (*e*).

II. Per l'assenza dell'avversario viene accordata la restituzione, senza riguardo di quale spezie ella sia (*f*), se l'assente non lasciò alcun procuratore, e nessuno assunse volontariamente le sue difese (*g*), ed il presente non fece uso della protesta introdotta per interrompere la prescrizione (§ 112) (*h*).

Un assente può ottenere la restituzione anche contro un altro assente, s'egli sofferse ingiustamente danno (*i*). La restituzione in intiero si fa o col rimettere il danneggiato nell'azione perduta accordandogliela come un'azione rescissoria (*k*), o coll'accordargli, come un'azione utile, quella azione ch'esso avrebbe potuto acquistare, e non acquistò (*l*). E se qualcheduno acquistò in modo legittimo il possesso della cosa propria che, durante la sua assenza, era stata usucapita ad un terzo, in tal caso egli si può difendere contro il rivendicante coll'*exceptio rescissoria* (*m*).

Il Pretore promise ai maggiorenni la restituzione in intiero non solo per assenza, ma ben anche per altri motivi, come p. e., se l'avversario non accordò la facoltà di agire contro di lui, ovvero s'egli non può, suo malgrado, venir citato in giudizio, o se per un fatto del Magistrato fu taluno privato della sua azione. Alla fine del suo Editto il Pretore si esprime così: *non altrimenti se qualche altro motivo mi sembrerà legittimo, accorde-*

(*k*) S'incontrano esempj di ciò nel fr. 3 § 2, 3 fr. 4 pr. D. IV, 7 hujus tit. — fr. 24 § 1 D. X, 2 *Comm. divid.*

(*a*) fr. 1 § 1, fr. 21 pr., fr. 26 inf., fr. 27, fr. 28 pr. D. IV, 6 *Ex quib. caus. major.* 25 *annis in integr. rest.* — fr. 86 pr. D. XXIX, 2 *De a. v. o. h.* — fr. 17 § 1, fr. 41, fr. 43 D. IV, 6.

(*b*) fr. 2 § 1. fr. 4-8, 14-15, fr. 26 § 9 D. eod.

(*c*) fr. 26 § 1, fr. 40 § 1 D. eod. — fr. 20 pr. D. IV, 4 *De min.*

(*d*) fr. 14 D. IV, 6. — fr. 37 § 1 D. IV, 4.

(*e*) fr. 16, fr. 28 pr. D. IV, 6.

(*f*) fr. 21 § 1 D. eod.

(*g*) fr. 21 pr. § 2, 3, fr. 22 pr. D. eod.

(*h*) Günther § 1209. Intorno alle opinioni di altri scrittori veggasi Glück *Comm.* VI, p. 35-39.

(*i*) fr. ult. D. eod.

(*k*) § 5 *Inst.* IV, 6 *De act.* — fr. 28 § 4, 6 D. IV, 6. — fr. 35 pr. D. XLIV, 7 *De oblig. et act.* — c. 24 C. III, 32 *De rei vind.* — c. 18 C. VIII, 51 *De postlim. reversis.*

(*l*) fr. 20, fr. 43 D. IV, 6.

(*m*) fr. 28 § 5 D. eod.

rò egualmente la restituzione in intiero (*n*).

§ 671.
8. *Per la clausola finale dell' Editto pretorio.*

La clausola generale dell' Editto pretorio, che abbiamo riportata in fine dell'antecedente paragrafo, viene dalla maggior parte dei Giureconsulti ristretta soltanto ad altre cause di assenza diverse da quelle indicate dal Pretore (*a*); ma i pratici la estendono a tutti i casi in cui l'equità lo richiede. A noi sembra, secondo tutto il contesto dell' Editto pretorio, più verosimile che in quello non si abbia voluto solamente intendere altri motivi dell'assenza, tanto più che in parecchi luoghi dei nostri fonti la clausola pretoria venne effettivamente estesa a danneggiamenti fuori dei casi d'assenza (*b*); ma per non lasciar troppo campo all'arbitrio dei giudici, sembra che l'opinione dei pratici debbasi limitar come segue: se il danneggiato, senza sua colpa, non può conservare o difendere, mediante gli ordinarii mezzi legali, la cosa propria o il proprio diritto, per esserne stato impetito dal caso fortuito, o dal fatto di un terzo; in tal caso gli può venire accordata la restituzione in intiero in virtù della clausola generale pretoria (*c*).

(*n*) fr. 1 § 1 D. eod.
(*a*) J. P. Frank *Diss. de rest. in integr. ex clausula Praetoris generali ultra casus absentiae non extendenda.* Erlang 1785.

(*b*) fr. 1 § 9 D. XLIII, 18 *De itinere actuque priv.* — fr. 3 § 1 D. II, 10 *De eo, per quem factum erit.* — fr. 7 D. IV, 1 *De rest. in integr.* — fr. 35 D. VIII, 3 *De serv. praed. rust.*
(*c*) Berger *oecon. jur.* III, tit. 15 c. 14 e Francke *Illustr.* p. 73-84.

TAVOLA DELLE MATERIE.

INDICE

I numeri sono quelli dei paragrafi.

A

B

57

C

D

E

F

G

I

J

L

M

Q

R

S

T

U

V